

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LES
CONVENTIONS IMMORALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
mardi 22 Mai 1900 à 8 heures 1/2

PAR

Jean RAYNAL

Licencié ès lettres
Avocat à la Cour d'Appel



Président : M. WEISS

Suffragants : { MM. MASSIGLI } *professeurs*
 { PLANIOL }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT & RUE TOULLIER, 13

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550224_0023

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LES
CONVENTIONS IMMORALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
mardi 22 Mai 1900 à 8 heures 1/2

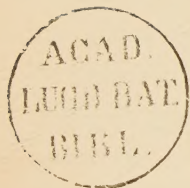
PAR

Jean RAYNAL

Licencié ès lettres
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. WEISS

Suffragants : { MM. MASSIGLI }
 { PLANIOL } *professeurs*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT & RUE TOULLIER, 13

1900

AVANT-PROPOS

Dès longtemps les législations des peuples civilisés ont cru devoir prendre certaines dispositions spéciales, en vue d'entraver l'exécution normale des conventions qui pouvaient blesser quelqu'un des principes essentiels sur lesquels est fondée la Société. Au premier rang de ces conventions figurent celles qui violent les bonnes mœurs : elles constituent l'objet de cette étude.

Le Code civil, il est vrai, n'édicte pas de mesures prohibitives à l'égard des seules conventions contraires aux bonnes mœurs ; il considère également comme illicites les conventions contraires aux lois et à l'ordre public. D'autre part, il fait, comme on le verra, deux catégories de conventions illicites, celles qui ont une cause illicite, et celles qui dépendent d'une condition illicite. Enfin, dans ce dernier ordre de conventions, il fait une division nouvelle, n'appliquant pas le même régime aux actes à titre gratuit qu'aux actes à titre onéreux. La complexité de la matière est, on le voit, très grande : elle embrasse

la théorie de la cause, la théorie de la condition, la théorie de l'ordre public, etc. Aussi, si des études remarquables ont été faites sur une ou plusieurs parties de ce vaste sujet, ne trouve-t-on guère d'ouvrages où une vue d'ensemble soit jetée sur le régime auquel la loi a soumis les conventions qu'elle réproouve et qu'elle déclare illicites.

C'est cette vue d'ensemble que nous avons entrepris de donner. Mais, pour y parvenir, nous avons restreint notre étude aux seules conventions contraires aux mœurs. Cette simplification n'offrait aucun inconvénient. Pour tout ce qui concerne soit la détermination des éléments des conventions dans lesquels doit se rencontrer le caractère illicite, pour que la convention entière soit réputée illicite, soit le régime qui peut être appliqué aux conventions réproouvées par le législateur, les solutions données pour les conventions immorales s'appliqueront aux autres ordres de conventions illicites. Et ce sont là les points essentiels. C'est seulement quand il s'agira précisément de savoir ce que le législateur entend par bonnes mœurs et si telle convention blesse les bonnes mœurs que les solutions auxquelles nous parviendrons seront — cela va de soi — restreintes aux conventions contraires aux mœurs.

Peut-être pourrait-on penser que, si ces diverses conventions illicites sont soumises aux mêmes règles, il est inutile de les distinguer. Ce serait, croyons-nous, une erreur. Une fois qu'il est admis qu'une convention est

illicite, il importe peu, sans doute, de dire si elle blesse la loi ou l'ordre public ou les mœurs. Mais la distinction est utile quand il s'agit de savoir *si* la convention est illícite : la loi, l'ordre public, les bonnes mœurs ne sont pas une seule et même chose ; par conséquent, si on ne distinguait pas ces trois notions avec soin, il pourrait arriver que, en présence d'une convention qui ne violerait aucune loi et qui ne semblerait pas contraire à ce que l'on pense entendre par ordre public, on fût tenté de déclarer valable la convention qui, dans la réalité, blesse les bonnes mœurs. Cet inconvénient ne se produira pas si l'on sait que la violation des bonnes mœurs rend toute convention illicite et si l'on a bien précisé en quoi consistent, légalement, les bonnes mœurs. En un mot, la distinction des trois vices qui peuvent rendre illicites les conventions n'a pas d'intérêt en ce qui concerne le sort de ces conventions : elle est importante en ce qui concerne la déclaration à porter sur leur caractère licite ou illicite.

Nous rechercherons, en premier lieu, ce qu'il faut entendre, théoriquement, par conventions contraires aux mœurs. Nous examinerons ensuite les résultats pratiques auxquels doivent mener les principes dégagés dans la première partie de notre étude. Nous étudierons enfin la sanction édictée par la loi à l'encontre des conventions immorales et nous apprécierons la valeur de cette sanction.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉFINITION

La première question à élucider dans une étude sur les conventions immorales est de savoir ce que la loi entend par ces mots : « conventions immorales ». Sont-ce là des expressions vagues, laissant à l'appréciation du juge du fait un champ illimité ? Ou peut-on préciser soit les éléments du contrat dans lesquels il sera permis de rechercher l'immoralité, soit ce que le législateur considère, au point de vue de la validité des conventions, comme immoral ou non ? La réponse à cette double question différera suivant qu'on étudiera le droit romain et l'ancien droit français ou notre droit moderne.

SECTION I

DÉFINITION DE LA CONVENTION IMMORALE DANS LE DROIT ROMAIN ET L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

§ 1^{er}. — Droit romain.

Il est certain qu'à l'origine du droit romain, alors que le droit sanctionnait exclusivement les contrats formels, il n'y avait aucun moyen juridique d'atteindre les conventions contraires à la morale et d'en empêcher la

complète exécution. Le contrat était parfait dès lors que le consentement des parties contractantes avait été donné suivant les formes obligatoires : si, dans la stipulation, les paroles solennelles avaient été régulièrement prononcées, l'engagement de celui qui avait répondu à l'interrogation était irrévocablement créé (1). « Le « contrat formel existe par lui-même, indépendamment « des raisons qui le font conclure ; c'est, a-t-on dit, un « corps simple, un contrat abstrait (2). » L'erreur du débiteur, le dol ou la violence employées à son égard, ne peuvent le faire échapper à une condamnation. — Cette conséquence logique du caractère formaliste du droit romain primitif est nettement établie par des textes précis. « *Si metu coactus*, lit-on aux Institutes (3), « *aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio* « *promisisti quod non debueras promittere, palam est* « *jure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur* « *dare te oportere efficax est.* » Gaius (4) s'exprime dans des termes analogues.

Il est bien évident que si le dol, l'erreur ou la violence n'avaient aucune influence sur l'effet des contrats, le caractère plus ou moins moral des engagements des parties ne pouvaient vicier ce même contrat. La raison est la même dans les deux cas : il n'y a pas à s'occuper

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 33.

(2) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 441.

(3) L. IV, TIT. XIII, § 1.

(4) IV, § 116.

du contenu de la convention, mais seulement, si l'on peut dire, de son moule.

Ce n'est que plus tard que le droit, parvenu à un état plus avancé, peut offrir au débiteur un procédé pour détruire l'effet de l'obligation par lui contractée. Le droit prétorien lui fournit la ressource de l'exception de dol, le droit civil celle de la *condictio*. Le contrat et, par suite, l'obligation qui en découle subsistent, car il n'est pas possible, théoriquement, d'annuler un contrat légalement formé, mais l'exception de dol (ou, suivant les cas, la *condictio*) permet d'en paralyser les effets. C'est ce qui résulte de la suite des deux textes que nous avons cités. Gaius, notamment, dit : « *Sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.* » Si l'exception de dol offrait ainsi un moyen détourné d'annuler le contrat formel entaché d'un vice du consentement, elle devait, par une analogie naturelle, servir à annuler le contrat formel entaché d'immoralité. Nous savons, en effet, que l'exception de dol servait à repousser l'action de celui qui demandait l'exécution d'un contrat contraire aux bonnes mœurs (1).

Tout ce que nous venons de dire s'applique uniquement aux contrats formels. Quant aux contrats non formels, ils ont toujours eu leur existence subordonnée tant à l'absence de tout vice du consentement qu'à l'absence de tout élément d'immoralité.

(1) D., L. XII, TIT. V, *De cond. ob turp. vel inj. caus.*, l. 8.

Ainsi, à l'époque classique, tous les contrats, quels qu'ils soient, sont atteints dans leurs effets, s'ils présentent un caractère immoral.

Mais qu'est-ce, en droit romain, qu'un contrat immoral? Quand peut-on dire qu'un contrat est nul comme entaché d'immoralité? Nous verrons plus loin qu'en droit français moderne c'est le caractère immoral de la *cause* ou de la *condition* du contrat qui a pour effet de vicier ce contrat, pris dans son ensemble. Trouvons-nous quelque chose de semblable en droit romain, y trouvons-nous ce qu'on peut appeler la définition du contrat immoral?

On dit généralement que l'obligation subordonnée à une condition immorale est nulle. Mais quand pourra-t-on dire qu'une obligation est subordonnée à une condition immorale? Suivant plusieurs auteurs, il faut distinguer, suivant que, dans une obligation, le fait mis *in condicione* est immoral par lui-même (obligation *si sacrilegium feceris*) ou que, le fait étant licite en lui-même, c'est l'apposition de la condition qui lui communique un caractère immoral (obligation *si diverteris*) : l'obligation serait nulle, dans le premier cas comme reposant sur une *cause* immorale, dans le second cas comme subordonnée à une *condition* immorale (1).

Sans rechercher si cette distinction est ou non rationnelle, nous croyons pouvoir affirmer qu'elle ne trouve

(1) Accarias, t. II, p. III, n. I. — Girard, p. 457-458.

aucun appui dans les textes et qu'elle n'a jamais été formulée par les jurisconsultes romains. Sans doute le mot *condicio* est employé, dans les textes, à plusieurs reprises, sans doute les Institutes (1) définissent l'obligation conditionnelle, mais les Romains ne semblent pas s'être préoccupés de préciser aussi nettement que le font les auteurs dont nous parlons, cette notion de la *condicio* et de la distinguer de la notion de *cause* ou de la notion d'*objet*. Dans la stipulation *si sacrilegium feceris*, l'accomplissement du sacrilège est-il la cause de l'obligation, ou en est-il seulement la condition ? Dans la stipulation *si diverteris*, la réalisation du divorce est-elle cause, objet ou condition ? C'est ce que les juristes latins ne semblent pas s'être demandés. Il leur suffit que la naissance de l'obligation soit subordonnée à la réalisation d'un événement futur, pour que l'obligation soit *sub conditione* (2). Ils n'ont donc jamais distingué les obligations reposant sur une cause immorale des obligations soumises à une condition immorale. Les textes qu'on invoque ne sont rien moins que probants.

(1) L. III, TIT. XV, *De verb. oblig.*, § 4.

(2) A notre sens, ils avaient raison. Dans les deux cas le fait promis constitue l'objet d'une prestation, mais comme l'accomplissement de ce fait, dont dépend l'existence de l'obligation, est facultatif et éventuel, l'obligation est conditionnelle. — Ajoutons que la théorie en question aboutit à un résultat étrange : l'obligation *si sacrilegium feceris* serait nulle pour immoralité de la cause, puisque le sacrilège est par lui-même immoral ; l'obligation *nisi sacrilegium feceris* serait nulle pour immoralité de la condition, l'abstention du sacrilège n'étant rien moins qu'immorale.

L'un, invoqué par M. Accarias (1), n'a trait qu'à la nécessité de bien préciser la formule de la condition. L'autre, invoqué par M. Girard (2), et relatif à la stipulation *si heredem me non feceris*, se contente de prononcer la nullité d'une telle stipulation « *quia contra bonos mores est* », sans dire si l'immoralité porte sur la cause, l'objet ou la condition de l'obligation. A ces textes que nous estimons sans portée, nous pouvons en opposer un qui nous semble très significatif : c'est la loi 27 du Titre *De verborum obligationibus*, au Digeste (L. XLV, tit. I). Elle se compose de deux paragraphes dus à Pomponius : dans le premier (*principium*), Pomponius déclare nulles les stipulations *si homicidium, vel sacrilegium feceris*, dans le second (§ 1), il s'occupe de la stipulation *si intra biennium Capitolium non ascenderis*, indiquant implicitement, mais nettement, qu'il s'agit dans les deux cas d'obligations de même nature, à savoir d'obligations dont la naissance dépend d'une action ou d'une abstention futures : d'où il suit que si cette action ou cette abstention sont immorales, l'obligation sera nulle comme soumise à une condition immorale.

Il résulte de ce qui précède que le droit romain n'a jamais distingué, tout au moins au point de vue qui nous occupe, l'obligation nulle faute de cause licite et l'obligation nulle comme subordonnée à une condition illicite. Ajoutons qu'il n'a pas distingué davantage entre

(1) D., L. XLV, tit. 1, *De verb. oblig.*, 115 pr.

(2) D., L., XLV, tit. 1, *De verb. oblig.*, 61.

l'obligation nulle faute d'objet licite et l'obligation nulle faute de cause licite. Je n'en veux pour preuve que le fait suivant : M. Girard, qui distingue ces deux sortes d'obligations, ne donne comme exemple de ces deux types d'obligations nulles qu'une seule et même hypothèse : celle où une somme a été promise pour accomplir un crime (1).

Mais, dira-t-on, si les Romains ne font aucune distinction suivant que l'immoralité porte sur tel ou tel élément du contrat, c'est donc que le contrat est nul, quel que soit l'élément du contrat qui en est entaché ? C'est, en effet, notre conclusion. Il est facile de la justifier. Nulle part les textes n'expliquent ce qu'est une convention immorale : ils se contentent de la prohiber. « *Pacta quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est* (2) ». « *Omnia quæ contra bonos mores vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur nullius momenti sunt* (3) ». « *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* (4) ». Ainsi s'expriment les textes, annulant les « stipulations honteuses », sans précision plus grande. Ils ne précisent pas davantage, quand ils annulent pour immoralité telle ou telle convention déterminée : ils se bornent à dire qu'elle est nulle *quia contra bonos mores est* (5), *nam contra bonos mores id*

(1) P. 428 et p. 443.

(2) C., L. II, TIT. III, *De pactis*, 6.

(3) C., L. VIII, TIT. XXXIX, *De inut. stip.*, 4.

(4) D., L. XLV, TIT. I, *De verb. oblig.*, 26.

(5) V. p. 10, note 1.

pactum est (1) *nam hæc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est* (2).

Mais ce qui prouve à l'évidence qu'il ne faut pas dire, comme le font bien des auteurs, qu'en droit romain la convention est immorale quand sa cause ou son objet est immoral, c'est que, parmi tous les exemples de conventions immorales que donne le Titre *De condictione ob turpem vel injustam causam*, au Digeste, figure la stipulation « *quæ per vim extorta esset* (3). » Ainsi la promesse obtenue par la violence, que nous annulerions, sans faire intervenir la notion d'immoralité, pour vice du consentement, était à Rome annulée comme contraire aux mœurs. Il ne saurait être question ici de parler d'immoralité portant sur un élément quelconque du contrat, le consentement notamment, puisque ce n'est pas le consentement qui est immoral, mais le moyen employé pour l'obtenir. Il saurait encore moins être question, même en appliquant au droit romain nos distinctions et notre terminologie, de parler de convention ayant une cause illicite.

On a dit parfois, il est vrai, que le nom même de la *condictio ob turpem causam*, qui sanctionnait la prohibition des *turpes stipulationes*, donnait à penser que c'était le caractère illicite de la cause qui viciait le con-

(1) D., L. XXIV, TIT. II, *Solut. matrim.*, 14, § 1.

(2) D., L. XVI, TIT. III, *Depositi vel contra*, 1, § 7

(3) D., L. XII, TIT. V, *De cond. ob. turp.*, 7.

trat. Nous ne nous attarderons pas à réfuter cette opinion. Tous les auteurs récents qui ont traité de la cause en droit romain sont d'accord pour constater le sens très variable du mot *causa* dans les textes des lois romaines (1) : *causa* désigne tantôt l'objet de la convention (elle est alors synonyme de *res*), tantôt la source de l'obligation, tantôt le motif qui a déterminé le promettant : il est impossible de fonder une théorie sur une expression d'un sens aussi peu fixé et aussi fuyant. D'ailleurs, M. Sfériadès a, dans sa thèse, montré avec la plus grande netteté et aussi, à notre sens, avec la plus grande justesse, que le mot *causa* dans les expressions *condictio sine causa*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem causam* ne peut signifier cause d'un contrat, puisque ces *condictiones* peuvent s'exercer, dans certains cas, sans qu'il y aie eu contrat ; il a montré également que les *condictiones sine causa* (prises *lato sensu*) ayant toutes pour but de répéter l'enrichissement illégitime réalisé au détriment d'autrui, le mot *causa* ne pouvait faire allu-

(1) Girard, p. 440 et note 1. — Artur, *De la cause en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1878, *passim* et notamment p. 25 et suiv. — Sfériadès, *Etude critique sur la théorie de la cause*, thèse, Paris, 1897, p. 23 et suiv. — Bouvet, *De la Cause*, thèse, Paris 1897, p. 2 et suiv. — Seul, M. Colin, dans sa thèse sur la *Théorie de la cause dans les Obligations conventionnelles*, Paris, 1896, croit pouvoir affirmer (p. 277) que le mot *causa* « a un sens très voisin de notre mot cause », mais nous verrons plus loin qu'il donne au mot cause, en droit français, un sens très différent de celui qui lui est généralement reconnu.

sion qu'à la cause, absente ou injuste, non du contrat, mais de l'enrichissement. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration qui nous semble décisive. Nous nous contenterons de faire remarquer en outre que le mot *causa* de l'expression *condictio ob turpem vel injus-tam causam* ne peut pas signifier cause du contrat, puisque, ainsi que nous venons de le dire, cette *condictio* trouve son application dans le cas où ce n'est pas la cause, mais le consentement qui est vicié.

De tout ce qui précède il résulte que nous ne pouvons trouver dans les textes romains aucune définition de la convention immorale, ou, si l'on veut, que la seule définition qu'on en pourrait faire découler serait une pure tautologie : la convention est immorale... quand elle est immorale. Nous ne pouvons pas dire, comme en droit français, que la convention est immorale quand tel ou tel de ses éléments est entaché d'immoralité. Les juristes romains ne décomposent point, en pareil cas, la convention : ils considèrent l'opération dans son ensemble et l'annulent si, dans son ensemble, elle choque leurs sentiments moraux. C'est à notre sens la conclusion nécessaire d'un examen tant soit peu attentif des textes.

§ II. — Ancien Droit français.

Si les auteurs romains ne précisent pas — et à dessein peut-être — les conditions nécessaires pour qu'un

contrat puisse être considéré comme immoral, nos vieux auteurs français ne nous apporteront pas, à coup sûr, de plus grands éclaircissements. Ils se contentent de traduire, de reproduire, ou d'amplifier les passages des lois romaines relatifs à cette matière. Nous ne nous étendrons donc pas longuement sur les opinions par eux formulées : nous nous bornerons à quelques indications.

Beaumanoir s'exprime ainsi : « Toutes convenences
« sont à tenir, excepté les convenences qui sont faites
« par malvèses causes (1), si comme uns hons conve-
« nence à un autre qu'il tuera un homme por cent
« livres, ou afolera, ou batera... il ne sont pas tenu à
« respondre de tel convenence car tout ce qui est con-
« venencié por malice fere et contre bone mors post
« être rapelés. » (2). Ailleurs, il dit : « Cascuns doit
« savoir que tout li don qui sont fet contre Diu ou
« contre Sainte Eglise, contre le commun porfit, contre
« bones meurs, ou en désiretant autrui, ne font pas à
« tenir, ançois doivent être dépecié et anienti comme
« cil qui sont de nule valeur. » (3)

Guy Coquille ne nous fournit sur la matière aucune explication.

(1) Il est bien évident que le mot *cause* n'a pas ici un sens strictement juridique précisant la définition, puisque deux lignes plus bas il est parlé de la convention immorale en des termes beaucoup plus généraux.

(2) *Coutume de Beauvoisis*, ch. xxxiv, n. 2, *Des convenences*.

(3) *Des dons outrageux*, n. 2.

Domat lui-même, qui passe pour le père de la théorie de la cause, ne semble pas l'appliquer aux conventions immorales. Il se borne à dire, s'exprimant en termes plus vagues encore que ses devanciers : « C'est un vice dans
« une convention, *si on mêle quelque chose* de contraire
« aux lois ou aux bonnes mœurs (1). » Dans la section même où il s'occupe de la cause des obligations, avant de formuler aucune définition ou aucun principe relatif à la cause, il dit : « Les conventions sont nulles... par
« quelque vice de convention, comme si elle est contraire
« aux bonnes mœurs (2). »

Il faut arriver au XVIII^e siècle, à Ferrière et surtout à Pothier pour voir formuler nettement la théorie de la cause et surtout pour la voir appliquer formellement à la convention immorale. « Tout engagement, dit Pothier, doit avoir une cause honnête (3). » Et plus loin : « Lors-
« que la cause pour laquelle l'engagement a été con-
« tracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi
« ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi
« que le contrat qui le renferme (4). »

Ici nous arrivons à une définition ou plutôt à une limitation de la notion de convention immorale. Ce qu'il faut envisager, pour dire si une convention est ou non contraire aux bonnes mœurs, c'est le caractère moral ou

(1) Domat, *Lois civiles*, L. I, TIT. XVIII.

(2) *Ibid.* L. I, TIT. I, section v.

(3) *Traité des obligations*, n. 42.

(4) *Ibid.*, n. 43

immoral de la cause des obligations qui sont nées d'elle. Nous étudierons, dans le chapitre suivant, le sens et la portée de cette limitation. Ce que nous voulons constater ici, c'est que nous ne trouvons le principe d'une telle limitation ni dans le droit romain, ni dans notre ancien droit. Spécialement dans notre ancien droit, les prohibitions qu'on trouve formulées dans les ouvrages des juristes sont si vagues et si élastiques qu'elles laissent une latitude sans bornes à l'arbitraire du juge, puisque non seulement la question de savoir si tel ou tel acte est immoral est laissée à son entière appréciation — il en est forcément ainsi dans toutes les législations, — mais qu'encore on ne lui indique pas où, dans une convention, il lui sera loisible d'aller chercher l'élément immoral, où il ne lui sera pas permis de pousser ses investigations. Les dispositions insérées au Code civil ont eu ou auraient dû avoir pour effet de restreindre, sur ce point, l'arbitraire des tribunaux (1).

(1) Nous pouvons dire dès maintenant que notre ancien droit annulait les conventions aussi bien pour immoralité des *motifs* que pour immoralité de la *cause* : nous parlerons bientôt de cette distinction.

SECTION II

DÉFINITION DE LA CONVENTION IMMORALE DANS LE DROIT

FRANÇAIS MODERNE

L'art. 1131 du Code civil dispose que « l'obligation « sans cause ou sur une fausse cause ou *sur une cause* « *illicite* ne peut avoir aucun effet. » L'art. 1133 ajoute que « la cause est illicite quand elle est prohibée par la « loi, *quand elle est contraire aux bonnes mœurs* ou à « l'ordre public. »

D'autre part, aux termes de l'art. 1172, « toute condi-
« tion d'une chose impossible, *ou contraire aux bon-*
« *nes mœurs*, ou prohibée par la loi est nulle, et rend
« nulle la convention qui en dépend ; » aux termes de
l'art. 900, ces mêmes conditions sont réputées non
écrites dans les donations entre-vifs et testamentaires.

Il résulte de ces divers textes que le Code prévoit deux
sortes de conventions immorales : celles dont la *cause*
est immorale, celles qui dépendent d'une *condition* immo-
rale. Il nous faut étudier successivement ces deux sortes
de conventions prohibées.

§ 1^{er}. — De la cause immorale

Les art. 1131 et 1133 du Code civil annulent l'obli-
gation sur cause illicite, par application d'une disposi-

tion antérieure, l'art. 1108, qui exige pour la validité d'une convention qu'il y ait « une cause illicite dans l'obligation » et fait ainsi de la cause un des éléments de validité du contrat. Pour comprendre et appliquer les art. 1131 et 1133, il faut donc savoir ce que c'est que la cause d'une obligation, au sens du Code civil : c'est cette définition de la cause, nécessaire pour appliquer les textes relatifs aux conventions contraires aux mœurs, que nous allons rechercher. Nous n'avons pas l'intention, ni la prétention, de faire une étude complète de la théorie de la cause ; une telle étude nécessiterait à elle seule une thèse entière, et de fait, de nombreux ouvrages ont déjà été écrits sur cette difficile matière (1). Nous nous bornerons à faire de cette question une étude forcément sommaire et à en tirer les conclusions qui peuvent intéresser la matière spéciale que nous avons à traiter.

A. La théorie traditionnelle.

La notion de cause est une des notions juridiques les plus obscures que présente le Code. Depuis sa rédaction, les auteurs se sont efforcés de l'éclaircir, sans guère y parvenir : on peut dire qu'il y a de la cause autant de

(1) Aux ouvrages déjà cités, nous pouvons ajouter la thèse de M. Brissaud, *De la cause*, Bordeaux, 1879, et la thèse de M. Timbal, *De la cause dans les contrats et les obligations*, Toulouse, 1882. Voir également : Laborde, *Applications de la théorie de la cause*, Revue du droit, 1881, p. 540, et Gauly, *Essai d'une définition de la cause*, Revue critique, 1886, p. 44.

définitions que l'on peut compter d'auteurs ayant étudié cette notion. On peut cependant former, avec l'ensemble des définitions qui en ont été données par les auteurs classiques, une définition qui sera celle de la théorie traditionnelle.

a.) *La cause en général.*

On est d'accord pour reconnaître que c'est Domat qui a, sinon créé, du moins formulé nettement le premier la théorie de la cause. Domat distingue d'abord les contrats intéressés des contrats de bienfaisance (sans d'ailleurs leur donner ces noms). Dans les contrats intéressés, « il « se fait, selon lui, un commerce où rien n'est gratuit et « l'engagement de l'un est le fondement de celui de « l'autre. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes « de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre ; et l'obligation « serait nulle, si dans la vérité elle était sans cause (1). » Quant aux contrats de bienfaisance, « l'engagement de « celui qui donne a son fondement sur quelque motif « raisonnable et juste, comme un service rendu ou « quelqu'autre mérite du donataire ou le seul plaisir de « faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part « de celui qui reçoit et ne donne rien (2). »

Pothier ne fait que reproduire, en la condensant, cette

(1) Domat, *Lois civiles*, L. I, Tit. 1, Section 1, n^{os} 4 et suiv.

(2) *Ibid.*

double définition : « Dans les contrats intéressés, dit-il, « la cause de l'engagement que contracte l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de « lui donner ou le risque dont elle se charge. Dans les « contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des « parties veut exercer envers l'autre est une cause « suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers « elle (1). »

Jusqu'ici nous avons deux définitions tout à fait concordantes, puisque la seconde n'est que la reproduction de la première, mais assez peu satisfaisantes. En effet, Domat et Pothier nous donnent des définitions de la cause tout à fait différentes, selon qu'il s'agit d'un contrat intéressé ou d'un contrat de bienfaisance, puisque dans le premier cas, la cause de l'obligation réside dans une prestation, c'est-à-dire dans un acte juridique, et que, dans le second cas, la cause réside dans une pensée, une intention, c'est-à-dire dans un acte purement intellectuel. Comment peut-il se faire que cet élément des contrats change entièrement de nature, suivant qu'il se rencontre en tel ou tel contrat déterminé, alors que le Code ne fait aucune espèce de distinction quand il parle de la cause comme un élément nécessaire à la validité de toutes les conventions et que par suite la définition de la cause doit être une, et applicable à tous les contrats, quels qu'ils soient. Peut-on dire

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n. 42.

même que les passages de Domat et de Pothier que nous venons de citer soient des définitions ? Ce sont de simples affirmations, des exemples, si l'on veut, mais qui ne nous indiquent pas avec précision quelle notion exacte se faisaient de la cause ces auteurs quand ils en exigeaient la présence dans toute convention.

Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, commence par poser en principe qu'« il n'y a pas d'obligation sans cause, » puis il ajoute : « La cause est dans « l'intérêt réciproque des parties ou dans la bien-
« faisance de l'une d'elles (1). » La définition devient plus homogène, si l'on peut dire, car l'*intérêt* et la *bienfaisance* semblent être des notions de même nature, ce sont deux sentiments : l'un le sentiment du bien que nous procurera telle chose ou tel acte, l'autre le sentiment du bien qui sera procuré à autrui. Mais alors cette définition ne concorde plus bien avec celles de Domat et de Pothier dont pourtant il est manifeste qu'elle a été tirée. Et puis que nous apprend-elle, sinon que dans les contrats intéressés, c'est l'intérêt qui domine et dans les contrats de bienfaisance la bienfaisance ? C'est là une chose plus qu'évidente, et si ce qui caractérise chacun de ces contrats, et par suite les différencie l'un de l'autre, doit en être considéré comme la cause, encore faudrait-il nous dire pourquoi et en vertu de quelle conception.

(1) Locré, T. XII, p. 325.

Les commentateurs du Code sont un peu plus explicites. Ils se demandent : pourquoi faut-il que toute obligation ait une cause ? Et ils répondent unanimement qu'il n'est pas possible de concevoir qu'on s'engage sans cause. « On ne s'engage pas sans un motif quelconque, dit Toullier (1). » « Un engagement sans cause serait un acte de folie, remarque Demante (2). » « On ne saurait se figurer raisonnablement une personne qui, ayant contracté une obligation, ne pourrait pas dire pourquoi et dans quel but elle l'a contractée, écrit Demolombe (3). » Ainsi l'idée que se font de la cause les commentateurs classiques du Code tend à se préciser : la cause est la raison qui a porté la partie à contracter un engagement ; cause est synonyme de motif. — Et cependant ils sont unanimes à dire qu'il faut distinguer nettement la cause du motif. Mais comment font-ils cette distinction ? Toullier déclare qu'il faut distinguer entre la cause *déterminante et principale* et la cause *impulsive et accessoire* et que la première seule forme une condition essentielle pour l'existence de l'obligation (4). Mais comment sera-t-il possible de distinguer, dans la pratique, comment est-il possible, théoriquement, de distinguer le motif qui vous *détermine* et le motif qui vous *pousse* à accomplir un

(1) T. III, p. 103.

(2) T. V, n. 47.

(3) T. XXIV, n. 357.

(4) T. V, n. 46.

certain acte, à contracter un certain engagement ? Nous disons volontiers, avec M. Laurent : « Cette distinction « scolastique, nous le craignons fort, ne servirait pas à « grand chose au juge (1). »

Cette « distinction scolastique » a eu cependant un plus grand succès qu'on n'aurait pu s'y attendre. Demante la reproduit presque textuellement : « La « cause est ce qui dans un contrat détermine une partie « à s'obliger. Cette cause *déterminante* ne doit pas être « confondue avec la cause *impulsive* du contrat, autre- « ment dit le *motif* qui porte à contracter (2). » Mais en quoi diffèrent ces deux causes, quelle est la caractéristique de chacune d'elles, comment les reconnaître ? C'est ce que Demante ne songe pas à préciser.

Demolombe a cherché à jeter un peu de clarté dans cette question déjà si obscurcie : nous craignons qu'il n'y ait pas réussi. Il distingue, lui, *trois* sortes de causes : la cause *efficiente* ou *formelle* ; la cause *finale* ; la cause *impulsive*. Laissons de côté pour le moment la cause efficiente, qu'il définit l'élément générateur *du contrat*, autrement dit la convention des parties, — et occupons-nous des deux autres causes. « La cause dont « s'occupe le Code Napoléon dans les articles 1108 et « 1131, c'est celle qui détermine *essentiellement* la par- « tie à s'obliger et qui est le but *direct* et *immédiat* que

(1) T. XVI, n. 107.

(2) T. III, n. 266,

« cette partie se propose d'atteindre en s'obligeant ;
« c'est en un mot la cause *finale* de l'obligation elle-
« même. — La cause, ainsi définie, la cause détermi-
« nante et finale doit être soigneusement distinguée de
« la cause impulsive (1). » « Quant à la cause impulsive,
« elle n'est que le motif qui porte chacune des parties,
« de son côté, à contracter (2). » Il n'est pas possible, à
notre sens, d'imaginer une explication plus confuse,
plus obscure et plus ambiguë. Quelle différence peut-
on faire entre « le motif qui porte chacune des parties à
contracter » et « la cause qui détermine essentiellement
la partie à s'obliger » ? Serait-ce le mot *essentiellement*
qui serait la clef de cette distinction ? mais quel est son
sens ? Ainsi la cause serait ce qui détermine *essentielle-*
ment à contracter, et le motif ce qui y détermine égale-
ment, mais *non essentiellement* ? que signifie ce langage ?
Et puis, quelle étrange notion de la cause finale ! La
cause efficiente, dans la terminologie philosophique, est
le phénomène qui précède toujours et nécessairement
un autre phénomène, lequel est son effet : elle ne sup-
pose l'intervention d'aucune intelligence. La cause
finale, au contraire, suppose une intelligence ayant
conçu un plan, un dessein : c'est la cause qui agit en vue
d'une certaine fin, d'un certain but. Mais pourquoi ce
but doit-il être *direct* et *immédiat* ? Le but éloigné n'est-

(1) T. xxiv, n. 345.

(2) Ibid., n. 355.

il donc pas une fin ? Et ne serait-il pas juste de dire, si cette formule ne ressemblait à un jeu de mots, qu'une cause est d'autant plus finale que la fin en vue de laquelle elle agit est plus éloignée ? Les distinctions de Demolombe et ses définitions contradictoires nous semblent absolument vides de sens.

Les explications de MM. Aubry et Rau ne nous paraissent pas non plus de nature à éclaircir définitivement la question. D'après eux, la cause de l'obligation est « le motif juridiquement suffisant » qui a déterminé l'auteur de la promesse à s'engager (1). Mais qu'entend-on par cette expression ? La loi exige une cause comme élément *juridiquement nécessaire* du contrat, et quand nous demandons ce qu'est cette cause, on nous répond que c'est le motif *juridiquement suffisant*, c'est-à-dire le motif qui satisfait au vœu de la loi. C'est résoudre la question par la question. Quand ils veulent distinguer la cause du motif, MM. Aubry et Rau ne nous semblent pas beaucoup plus clairs. Ils définissent la cause *la considération qui porte une partie à s'engager*, et le motif *le mobile qui la détermine à contracter*. Il nous est impossible d'apercevoir, d'après cette double formule, ce qui caractérise la cause et le motif et les différencie l'un de l'autre ; nous ne pouvons concevoir quel contraste ont pu trouver dans ces deux définitions leurs auteurs, qui

(1) T. IV, p. 320-321.

reprochent aux commentateurs antérieurs de n'avoir pas su préciser nettement la différence entre la cause et le motif. Ce n'est pas tout ce qui nous étonne dans les définitions de MM. Aubry et Rau : ils admettent, comme leurs devanciers, que « dans les contrats com-
« mutatifs, la cause de l'obligation de l'une des parties
« consiste dans la prestation promise par l'autre. » (1)
Comment concilier cette assertion, d'après laquelle la cause consisterait dans une chose ou un fait, et la définition dont nous venons de parler et d'après laquelle la cause consisterait dans une considération, c'est-à-dire dans une conception de l'esprit, dans une idée ?

Ainsi, nous avons examiné successivement les définitions de la cause qui ont été données par les interprètes les plus autorisés du Code et aucune d'entre elles ne nous a paru pouvoir donner une notion exacte de ce que le législateur a entendu par la cause d'un contrat. Aussi, désespérant de parvenir à formuler une définition véritable et adéquate de la cause, les auteurs recoururent-ils à un procédé empirique ; ils nous disent : quand vous voulez savoir quelle est la cause d'une obligation, demandez-vous : « *Cur debetur*, pourquoi y a-t-il obligation ? » (2) La réponse à cette question indiquera quelle est la cause de l'obligation. Acceptons provisoirement cette manière de procéder, en admettant

(1) Aubry et Rau, T. IV, p. 321, n. 4.

(2) V., p. ex., Demolombe, T. XXIV, p. 334.

qu'elle puisse consister à autre chose qu'à résoudre la question par la question, et examinons les résultats auxquels elle a permis de parvenir : les auteurs s'occupant séparément des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux, nous respecterons cette division et étudierons ce qui constitue, d'après eux, la cause dans ces deux catégories de contrats.

b.) *La cause dans les contrats synallagmatiques.*

« Pourquoi, dit M. Demolombe (1), le vendeur
« s'oblige-t-il à livrer sa chose à l'acheteur, et quel est
« le but immédiat qu'il se propose d'atteindre, en s'y
« obligeant ? — C'est d'obtenir, en retour, l'obligation
« de l'acheteur de lui payer le prix !

« Et réciproquement, pourquoi l'acheteur s'oblige-
« t-il à payer le prix au vendeur ? et quel est le but
« immédiat qu'il se propose d'atteindre, en s'y obli-
« geant ? — C'est d'obtenir, en retour, l'obligation du
« vendeur de lui livrer la chose (art. 1582)...

« Que l'on prenne successivement, un à un, tous les
« contrats synallagmatiques, et l'on trouvera toujours
« que la cause de l'obligation de l'une des parties est
« l'obligation de l'autre, ou plus exactement le fait ou la
« promesse de l'autre. »

MM. Aubry et Rau s'expriment dans des termes

(1) T. xxiv, p. 330-331.

analogues : « La cause de l'obligation de l'une des parties consiste dans la prestation promise par l'autre (1). »

Cette affirmation que, dans les contrats synallagmatiques, les deux obligations se servent réciproquement de cause, est généralement formulée par tous les partisans de la théorie de la cause, depuis Domat et Pothier jusqu'aux auteurs les plus récents : elle indique donc bien le résultat auquel doit parvenir cette théorie, et nous devons la tenir comme en étant l'exacte expression.

Dès lors, on ne peut s'empêcher de se demander comment des esprits aussi éminents, des analystes aussi pénétrants et aussi réfléchis ont pu, unanimement, formuler un pareil non-sens, que nous ne pouvons pas ne pas qualifier de grossier. A quel doctrine philosophique étrange, à quelle connaissance incohérente de la notion de causalité peut correspondre cette conception : deux phénomènes se servant réciproquement de cause ! On définit généralement la cause, le phénomène qui précède toujours et nécessairement tel autre phénomène déterminé, lequel reçoit le nom d'effet. Comment peut-on concevoir un effet qui précéderait sa cause ? Comment le phénomène postérieur pourrait-il précéder le phénomène antérieur et devenir ainsi la cause de sa cause ? Peut-être dira-t-on que cet argument se comprendrait

(1) T. IV, p. 321, note 4.

s'il s'agissait de la cause efficiente, mais qu'il s'agit ici de la cause finale. Soit. Mais la formule que nous critiquons ne s'en résout pas moins en un non-sens philosophique. D'abord, la cause finale, nous l'avons dit, suppose l'intervention d'une intelligence : un être doué de raison peut seul agir en vue d'une fin, d'où cette conséquence que la cause finale ne peut résider dans un fait, mais dans une conception de l'esprit. La cause finale d'une obligation par moi contractée résidera dans le dessein que le fait d'avoir contracté cette obligation me permettra de réaliser et non pas dans l'obligation corrélatrice de la mienne, qui est un fait juridique et non une conception de l'esprit. D'autre part, si on laisse de côté ce que Kant appelait, dans la *Critique du Jugement*, la finalité interne, qui explique les rapports des parties au tout (l'idée du tout détermine les parties) et si l'on s'en tient à ce qu'il appelait la finalité externe, qui se borne à considérer toute action comme dirigée vers un but d'utilité, la notion de temps doit, ici encore, nécessairement intervenir et, par conséquent, l'on ne conçoit pas comment deux phénomènes peuvent se servir, réciproquement de causes finales : le moyen doit, de toute nécessité, précéder la fin. On ne comprend pas comment le dessein pourrait être réalisé en même temps que naît le moyen destiné précisément à assurer la réalisation du dessein. Qu'il s'agisse donc d'un rapport de cause à effet ou de moyen à fin, les deux termes du rapport ne peuvent se produire que successivement : si nous jugeons du point

de vue de la causalité, le phénomène aura sa cause dans le passé ; si nous jugeons du point de vue de la finalité, il aura sa cause dans l'avenir. En aucun cas, nous ne pourrions dire que le phénomène s'est produit au moment précis où naissait sa cause. La conception de deux phénomènes réciproquement causes l'un de l'autre est inintelligible.

M. Huc a, de façon très fine et très juste, critiqué d'une manière plus pratique, la théorie qu'ont admise pendant plus d'un siècle tous les juristes : il n'est pas possible de la mieux réfuter.

« Il est d'abord impossible, dit-il, (1) de concevoir
« comment deux effets distincts peuvent se servir réci-
« proquement de cause, comme on prétend que cela se
« passe dans les contrats synallagmatiques. Ainsi l'on
« prend l'hypothèse d'un contrat de vente, et, quoiqu'il
« ne soit pas possible de considérer comme séparées
« deux obligations dont l'une, par la volonté des
« contractants, ne peut pas exister sans l'autre, dont
« elle est la contre-valeur, on a commencé par envisager
« la seule obligation du vendeur comme si elle avait une
« sorte d'antériorité chronologique. On fait remarquer
« que si la chose vendue n'existait pas en réalité, l'obli-
« gation du vendeur est nulle faute d'objet ; que, dès
« lors, cette obligation n'a pu engendrer celle de l'ache-

(1) *Droit civil*, T. VII, p. 110.

« teur ; que, par suite, l'obligation de ce dernier n'a pu
« naître et est nulle faute de cause.

« Mais on oublie qu'on a posé en principe que les
« deux obligations se servaient *réciroquement* de cause ;
« donc l'obligation de l'acheteur n'a pu prendre nais-
« sance faute de cause. Comment donc peut-on dire que
« l'obligation du vendeur (qui n'existe pas, puisqu'elle
« n'a pu naître) est nulle faute d'objet ? on se trouve
« ainsi engagé... dans un *circulus* sans issue, rappelant
« celui auquel donne lieu la question relative à l'anté-
« riorité de la poule ou de l'œuf. »

Nous avons tenu à citer ce passage tout entier, car, à notre sens, il ne laisse rien subsister de l'affirmation étrange qu'il a pour but de réfuter : son argumentation nous semble sans réplique, et, de fait, les auteurs qui ont entrepris, devant la défaveur qui paraît peu à peu se répandre sur la théorie de la cause, de réhabiliter cette théorie et de la laver des reproches qui lui ont été adressés, n'ont jamais tenté de réfuter la démonstration que M. Huc a tracée dans le passage qui vient d'être rapporté.

Que conclure de ce qui précède ? Il est certain que l'obligation n'est pas et ne peut pas être la cause de l'obligation corrélative. Ce que le Code et ses commentateurs appellent la cause d'une obligation en est en réalité l'objet ; autrement dit, la théorie de la cause fait double emploi avec celle de l'objet : c'est ce qui est admis par tous les auteurs récents qui se sont spécia-

lement livrés à l'examen critique de la notion de cause (1), et c'est ce qu'il est facile de démontrer. Il suffit pour cela de rapprocher la définition de l'objet de la définition de la cause dans les contrats synallagmatiques, telle qu'elle est formulée dans la théorie traditionnelle. « L'objet, dit Larombière (2) dans un « langage peu littéraire mais exact, est *le sur quoi l'on* « *contracte*, ce à quoi on s'engage. »

Demolombe dit que l'objet est ce « qui forme la matière de l'engagement (3). » MM. Aubry et Rau disent que l'objet est « la prestation à laquelle l'une « des parties s'engage envers l'autre (4). » Toutes ces définitions, bien que les unes soient peut-être plus précises que les autres, sont en somme équivalentes et ne peuvent soulever aucune contestation. Or rapprochez la définition de l'objet et celle de la cause, vous verrez leur identité. L'objet d'une obligation est la prestation à laquelle s'engage la partie ; la cause d'une obligation est la prestation promise par l'autre partie. « Nous « venons de dire, écrit M. Laurent (*loc. cit.*), quelle est « la cause de l'obligation contractée par l'acheteur :

(1) C'est le jurisconsulte belge Ernst qui a le premier démontré cette confusion de l'objet et de la cause, dans un article reproduit, en appendice, dans la thèse de M. Timbal. — V. Brisaud, p. 52 ; Timbal, p. 127 ; Sfériadès, p. 85 et suiv. — V. également, Laurent, T. XVI, p. 149 et suiv.

(2) T. I, p. 197.

(3) T. XXIV, p. 282.

(4) T. IV, p. 313.

« c'est la *chose* que le vendeur s'oblige à lui donner.
« Et quelle est la cause de l'obligation contractée par
« le vendeur ? Il s'oblige à transférer la propriété de la
« chose pour recevoir le prix que l'acheteur s'oblige à
« lui payer. Donc la chose promise par l'acheteur est
« la cause de l'obligation du vendeur et la chose pro-
« mise par le vendeur est la cause de l'obligation de
« l'acheteur. » Et comme ces *choses* sont à coup sûr les
objets des obligations, il s'ensuit que les causes et les
objets se confondent.

Mais ici on nous fera une objection. Sans doute, dira-t-on, les notions de cause et d'objet sont très voisines, mais il subsiste entre elles une différence. L'objet d'une obligation est la prestation promise par la partie qui contracte cette obligation, tandis que la cause de cette obligation est la prestation promise par l'autre partie. De sorte que chaque prestation est bien à la fois objet et cause, mais elle est l'objet d'une des obligations et la cause de l'autre. C'est ce que disait Larombière (*loc. cit.*) : « Dans tout contrat, l'objet est « tour à tour cause et objet, suivant le point de vue « auquel on le considère. »

Le but de cette objection est de montrer que, malgré tout, la notion de cause garde une certaine utilité, parce que c'est par la cause qu'on arrive à relier les deux obligations réciproques, tandis que l'objet, qui se rattache à l'obligation dont il est la matière, mais non à la contre-obligation, laisse en quelque sorte isolés les

deux engagements, qui sont pourtant corrélatifs et inséparables (1).

Mais on oublie qu'il y a une chose et qu'il n'y a qu'une chose qui puisse relier entre elles les deux obligations : c'est le consentement, c'est la volonté des parties, qui ont décidé que leurs engagements seraient intimement liés. Les deux obligations en question se concevraient parfaitement comme séparées et indépendantes l'une de l'autre, — et c'est par exemple ce qui se passait à Rome, dans le contrat *verbis*, qui ne pouvait faire naître qu'une obligation, ce qui rendait nécessaire la passation de deux contrats distincts pour faire naître deux obligations, lesquelles étaient indépendantes. Ce qui fait que deux obligations sont corrélatives et réciproques, c'est uniquement que les parties en ont ainsi convenu. D'ailleurs l'objection en question ne peut avoir d'intérêt que si elle prétend expliquer comment la nullité pour défaut d'objet d'une des obligations entraîne nullité de l'autre obligation : ce résultat se produirait précisément parce que cet objet étant la cause de l'autre obligation, cette obligation est à son tour nulle faute de cause : le lien qui unissait les deux obligations s'est rompu.

Mais il n'est pas besoin de recourir à cette explication compliquée. Il suffit de se souvenir que les parties ont voulu que l'une des obligations ne pût être exécutée

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*. t. II, n. 84.

si l'autre ne l'était pas. Il suffit de se souvenir également que le Code, dans son art. 1108, exige l'existence d'un objet non seulement pour la validité de l'obligation, mais pour la validité du contrat, pris dans son ensemble, et que d'autre part « l'objet d'une convention synallagmatique comprend les objets de deux ou « plusieurs obligations réciproques que la convention « aura pour effet d'engendrer (1). » Dès lors si l'objet de l'une des deux obligations vient à défaillir ou s'il est illicite, ce qui revient au même, le contrat manque à son tour d'objet et devient nul dans son entier.

En résumé, nous croyons pouvoir affirmer que dans les contrats synallagmatiques la cause, telle qu'elle est définie par les auteurs traditionnalistes, se confond avec l'objet, et qu'il y a tout avantage, par conséquent, à renoncer à cette notion obscure de la cause, puisqu'elle fait double emploi avec la notion de l'objet, notion fort simple et fort claire.

c.) *La cause dans les contrats unilatéraux.*

Dans les contrats unilatéraux, les auteurs distinguent les contrats intéressés et les contrats de bienfaisance.

Demolombe, qui reconnaît qu'il n'y a pas grand inconvénient à confondre la cause et l'objet dans les

(1) Sfériadès, p. 82. — V. Demolombe, t. xxiv, p. 283: « Si le « contrat produit deux obligations, il doit avoir deux objets. »

conventions synallagmatiques, prétend qu'il faut bien se garder de faire cette confusion quand il s'agit des contrats unilatéraux intéressés. (1)

« L'objet, dit-il, (2) c'est *quid debetur* ;

« La cause, c'est *cur debeatur*.

« C'est-à-dire que si la cause aboutit alors aussi à l'objet, elle y aboutit d'une manière essentiellement relative à la partie envers laquelle l'obligation a été contractée.

« Je me suis engagé à vous payer 10.000 fr.

« Les 10.000 fr., voilà l'objet ; ceci est absolu.

« Et la cause ?

« La cause est nécessairement relative ; et si c'est par exemple un prêt de cette somme que vous m'avez fait, la cause de mon obligation de vous les rendre, procède de ce que c'est de vous que je les ai reçus. La numération que vous, prêteur, m'avez faite de ces 10.000 fr. à moi, emprunteur, voilà la cause de mon obligation.

« On voit par là combien, dans les contrats unilatéraux, l'objet se distingue de la cause. »

Ici encore nous remarquerons un abus, fatigant autant qu'inutile, des termes philosophiques : quand on se sert ainsi d'expressions techniques, il faut les prendre dans leur acception technique ; or, l'absolu est

(1) V. dans le même sens, Laborde, *loc. cit.*, p. 548, et Artur, p. 185 et suiv.

(2) T. xxiv, p. 334.

ce qui existe en soi, ce qui ne dépend d'aucune cause, ni d'aucune condition. Est-ce en ce sens que Demolombe a voulu prendre le mot *absolu* ? Cela semblerait étrange, et pourtant cela semble ressortir de ses explications. L'objet est *absolu*, il existe en soi, tandis que la cause est relative et dépend du contrat dont procède l'obligation. Mais l'esprit se refuse à comprendre ce qu'est l'*objet en soi* ! L'objet n'existe pas par lui-même, il a une cause, en tant que matière d'une convention : c'est cette convention même. Car, dans l'exemple proposé, l'objet ce n'est pas les 10.000 fr., c'est la prestation des 10.000 fr. Demolombe a-t-il voulu dire simplement que l'objet est fixe, identique à lui-même, tandis que la cause peut varier ? Mais cela, non plus, n'a pas de sens. Les obligations peuvent avoir différentes sortes d'objets, aussi bien que différentes sortes de causes. Mais si vous posez en hypothèse une espèce déterminée, le prêt d'une chose, il est par trop évident qu'à l'intérieur de cette convention la cause, c'est-à-dire le prêt, est aussi fixe et invariable que l'objet, c'est-à-dire la chose prêtée.

Nous estimons, quant à nous, que, dans son explication, Demolombe confond la *cause* et la *source* de l'obligation, que cependant il prétend différer essentiellement. La cause de mon obligation de vous rendre les 10.000 fr. « procède de ce que c'est de vous que je « les ai reçus, » soit, mais il faut ajouter : à titre de prêt ; n'est-ce pas dire que mon obligation a pour

cause le contrat de prêt, car si j'avais reçu ces mêmes 10.000 fr. à titre de don, je ne serais pas tenu de l'obligation de restitution.

Pour distinguer ici la cause de l'objet, il faut dire que l'objet c'est telle somme, ainsi que fait Demolombe. Mais cette désignation est insuffisante : ce qui est l'objet, c'est telle somme *prêtée*. Et par suite la prestation de cette somme, qui est la cause de l'obligation en est en même temps l'objet. A moins qu'on ne fasse une grande différence entre « prestation d'une chose » et « chose prestée ». Cette distinction, en tout cas, n'a aucun intérêt juridique : la chose prestée sert, dans l'hypothèse d'un prêt, à la fois de cause et d'objet à l'obligation de celui qui l'a reçue. Supposez cette chose inexistante, ou périe (comme s'il s'agit du prêt d'un cheval qui, en réalité, est mort au moment de la conclusion du contrat), le contrat est nul faute d'objet : l'intervention d'une nullité faute de cause est donc dépourvue de toute utilité, puisque le défaut d'objet a déjà frappé le contrat et l'obligation d'une nullité radicale.

D'ailleurs pour faire une distinction entre la cause dans les contrats synallagmatiques et la cause dans les contrats unilatéraux, il faut ne pas tenir compte de ce fait que ni le Code, ni ses inspirateurs, auteurs ou commentateurs immédiats ne font la moindre distinction de ce genre. Domat, Pothier, Bigot-Prémameneu, notamment, distinguent suivant qu'il s'agit de contrats intéressés ou de contrats de bienfaisance, mais non

suivant qu'il s'agit de contrats synallagmatiques ou unilatéraux. La distinction de Demolombe, inutile, ainsi que nous l'avons vu, n'est pas conforme à la tradition, qu'elle prétend cependant exprimer.

Nous arrivons aux contrats unilatéraux dits de *bien-faisance*, aux donations.

Ici se produit un changement complet, que nous avons déjà signalé et qui, à notre sens, est le signe d'un vice profond de la théorie. La notion fait, qu'on nous passe l'expression, une volte-face soudaine. La cause jusqu'à présent résidait dans une obligation ou une prestation, c'est-à-dire dans un acte juridique ou dans un acte matériel : elle va résider maintenant dans une pensée, une intention, une volition, autrement dit dans une notion d'ordre purement psychique.

Cette transformation de la nature de la cause n'a pas autrement troublé les jurisconsultes partisans de la doctrine traditionnelle. Ils donnent de la cause dans les donations des définitions sensiblement équivalentes.

Selon Domat, la cause d'une donation peut résider dans « le seul plaisir de faire du bien (1). » Selon Pothier, « la libéralité... est une cause suffisante de « l'engagement » que prend le donateur (2). Selon Bigot-Préameneu la cause peut se trouver dans la bien-faisance de l'une des parties (3).

(1) V. *Supra*, p. 20.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

Cette définition a depuis été reproduite sous des formules diverses. Portalis disait : « Dans les contrats de bienfaisance, la cause est la bienfaisance même (1) ». « Dans les contrats de bienfaisance, dit Demolombe (2), la cause finale, c'est l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service... C'est bien là, en effet, le *seul* but, le but *immédiat* que la partie qui fait la prestation ou la promesse se propose d'atteindre : le bienfait ou le service qu'elle veut conférer à l'autre, et la satisfaction morale qu'elle en retirera. » « Dans les contrats de bienfaisance, écrivent MM. Aubry et Rau (3), l'intention d'exercer un acte de libéralité ou de rendre un service constitue une cause suffisante d'engagement. » Un auteur plus récent, M. Bartin, donne la définition suivante : « la cause est la volonté abstraite chez le donateur de se dépouiller gratuitement (4) », définition qui, pour être elle-même assez abstraite, ne diffère guère de celles qui avaient été précédemment formulées. En résumé tous ces auteurs sont d'accord pour reconnaître que la cause, dans la donation, se confond avec l'intention libérale.

Mais alors il devient évident que la cause se confond, non plus avec l'objet, mais avec le consente-

(1) Loqué, T. XIV, p. 78.

(2) T. XXIV, p. 335.

(3) T. IV, p. 321.

(4) Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs*, p. 364.

ment. « Qu'est-ce en effet que la cause dans la donation ? dit M. Laurent (1). La volonté de conférer un bienfait, c'est-à-dire la volonté de donner, donc le consentement. » Qu'on ne vienne pas dire que le consentement est une chose abstraite, identique dans tous les contrats, de quelque nature qu'ils soient, tandis que l'intention libérale ne peut se rencontrer que dans les contrats désintéressés. Le consentement est abstrait dans un contrat abstrait et théorique, mais dans un contrat véritable et pratique, il revêt un certain caractère de concrétion ; la forme, jusqu'ici vide, reçoit un contenu : le consentement n'est plus l'adhésion à un engagement quelconque, mais à un contrat d'une nature déterminée ; il devient la volonté de donner contre paiement ou de donner gratuitement ; or, il nous est impossible d'apercevoir la moindre différence entre la volonté de donner (c'est-à-dire de donner gratuitement, selon le langage ordinaire) et l'intention libérale : ce sont là, de toute évidence, deux expressions synonymes.

La plupart des juristes récents qui se sont livrés à l'étude critique de la théorie de la cause arrivent d'ailleurs à cette conclusion. M. Artur admet l'identité, la coïncidence de la cause et du consentement ; pour lui la cause, dans les libéralités « c'est la volonté libre et spontanée d'enrichir quelqu'un (2). » MM. Brissaud

(1) T. xvi, p. 151.

(2) Artur, p. 95.

et Timbal soutiennent qu'en pareil cas, il n'y a pas de cause à l'obligation, mais leur opinion se ramène exactement à la précédente, puisque, pour eux, la cause est absente parce qu'elle s'absorbe dans le consentement. M. Brissaud, notamment, s'exprime ainsi (1) : « Par « une sorte de fiction légale, le législateur a considéré « la cause et le consentement comme deux éléments « distincts... Pratiquement autant vaudrait dire que la « donation est un contrat sans cause. »

M. Martin lui-même, qui est un auteur causaliste, reconnaît que « la cause de la donation... se résout en « une détermination volontaire et réfléchie, idéalement « distincte de la volonté de s'obliger ». Nous avouons que, pour notre part, nous ne parvenons pas à comprendre le contraste qu'il peut y avoir entre la détermination volontaire et la volonté de s'obliger, car la *détermination* en question ne peut être que la détermination de s'obliger. D'ailleurs, en admettant comme fondée la trop subtile distinction de M. Martin, il résulte nettement de l'aveu de cet auteur que si, dans la donation, la cause et le consentement sont *idéalement* distincts, ils ne le sont pas *juridiquement*. Or nous faisons du droit, et non de l'idéologie.

Ainsi, dans les contrats de bienfaisance, comme dans les contrats intéressés, qu'ils soient synallagmatiques ou unilatéraux, l'exigence d'une cause pour servir de fondement à l'obligation est inutile et vaine.

(1) Brissaud, p. 49.

La solution à laquelle nous venons de parvenir entraîne une conséquence qui choque bien des auteurs. En effet, disent-ils, si la cause se confond, dans les contrats de bienfaisance, avec le consentement, il n'y aura jamais, dans ces contrats, nullité faute de cause ou faute de cause licite. — Cette conséquence est certaine, il est vrai. Mais il faut distinguer entre le cas de la cause absente et le cas de la cause illicite. En effet, dire qu'il y a, dans une donation, défaut de cause, cela veut dire que l'intention libérale n'existe pas, autrement dit que le consentement n'a pas été donné ou qu'il a été vicié, ce qui entraînera la nullité absolue ou la nullité relative de la donation, suivant qu'il y aura inexistence ou vice du consentement. — Quant à la cause illicite, il n'est pas douteux qu'elle ne puisse jamais se rencontrer dans une donation. L'intention libérale ne peut jamais être contraire à la loi ou à la morale : on ne conçoit pas comment la volonté de faire du bien à autrui pourrait, par elle-même et à elle seule, revêtir jamais un caractère d'immoralité. D'ailleurs, puisque nous admettons que la cause se confond ici avec le consentement, nous ne pourrions parler de cause immorale qu'à condition de parler de consentement immoral. Or c'est là une notion qui n'a pas trouvé place dans nos lois, et à juste titre. On ne voit pas comment le consentement pourrait jamais être immoral par lui-même : le consentement peut porter sur un objet immoral ou être donné en vue d'un but immoral ; en lui-

même il n'est autre chose qu'un pur acte de volonté qui ne peut être vicié par le vice de son objet.

Il est donc certain qu'une donation ne sera jamais nulle pour cause illicite. Nous n'avons pas à nous demander ici si cette solution est ou non choquante : nous avons pris la définition des partisans de la théorie de la cause, et nous avons constaté que cette définition aboutissait à une absorption de la cause dans le consentement, d'où résultait l'impossibilité de concevoir une libéralité ayant une cause illicite. Cette démonstration nous suffit pour l'instant.

d). *Critique de la théorie traditionnelle.*

Ainsi l'examen de la théorie traditionnelle de la cause nous a amené à cette constatation que la cause était, dans cette théorie, une notion inutile et contradictoire, dont l'introduction relativement récente dans nos lois n'avait fait que jeter la confusion et l'obscurité dans la question des éléments du contrat, qu'elle avait pour but de préciser.

Il n'en pouvait être autrement. La cause n'a-t-elle été, comme le croit M. Hue (1), exigée comme élément du contrat que par suite d'une erreur de traduction ? Peu nous importe. Ce qui est certain, c'est que cette notion n'a pas été digérée, avant d'être considérée comme

(1) T. VII, p. 110.

présentant un intérêt juridique. Les jurisconsultes ont formulé la théorie de la cause sans la livrer à un examen critique approfondi et ils ne sont pas parvenus à en faire une théorie cohérente. Ils n'ont jamais su prendre parti entre la notion de cause efficiente et la notion de cause finale : c'est à cette hésitation — qui n'était peut-être que de l'inadvertance — qu'est due le manque d'harmonie que nous avons signalé entre la nature de la cause dans les contrats intéressés et la nature de la cause dans les contrats de bienfaisance. Dire, en effet, que, dans un contrat intéressé, mon obligation a pour cause l'obligation de mon cocontractant, en vue de laquelle je me suis engagé, c'est parler — quoique inexactement — de cause finale. Dire, d'autre part, que dans un contrat de bienfaisance, mon obligation a pour cause mon intention libérale, c'est parler de cause efficiente, car mon consentement, ma volonté sont ce qui a donné naissance à mon obligation, et si le bienfait est le but, l'intention de bienfaisance est, si l'on peut dire, le point de départ. Aussi comprend-on à merveille que les auteurs traditionnalistes n'aient jamais pu donner de la cause une définition rationnelle et adéquate, puisqu'il leur fallait embrasser sous une seule définition deux notions complètement différentes. Quant au procédé empirique consistant à poser la question *cur debetur*, il ne pouvait manquer d'amener à la même confusion. En effet, à la question : « Pour-
« quoi suis-je obligé ? » je puis répondre soit par l'in-

dication de la cause finale, soit par l'indication de la cause efficiente; je puis aussi bien répondre : « Parce que je l'ai voulu, parce que j'ai passé un contrat, » que : « Parce que j'ai eu en vue la satisfaction de tel ou tel besoin. »

Quant à nous, nous pensons qu'il faut prendre les mots dans leur sens normal et usuel et qu'il ne convient pas de leur donner en droit un sens particulier, et de faire ainsi du droit une science inaccessible aux non-initiés à raison même de son vocabulaire spécial. Or, en philosophie, le mot cause, employé seul, désigne la cause efficiente. Dans le langage vulgaire, ce même mot désigne également la cause efficiente, la cause créatrice, la cause génératrice : « causer » est synonyme de « créer. » Si l'on veut faire une théorie de la cause, il faut donc prendre ce mot dans le sens de cause efficiente. Mais, dans ce cas encore, la théorie de la cause des obligations devient inutile, car elle se confond avec la théorie de la source des obligations. En effet, si, nous plaçant sur le terrain choisi par nos adversaires, nous avons pu dire que le consentement était la cause d'une obligation, un tel langage n'est pas entièrement exact. C'est un principe certain, en science comme en philosophie, que la cause est nécessairement de même nature que l'effet : une pensée ne peut produire qu'une pensée, un mouvement ne peut produire qu'un mouvement. Il ne serait donc pas exact de dire qu'une volonté a pu produire un acte juridique : un acte juridique ne peut

avoir pour cause qu'un acte juridique. Mon obligation a pour cause l'acte juridique dont elle découle, c'est-à-dire, en notre cas, un contrat. Quant à la détermination de s'obliger, elle ne peut avoir pour cause que des volitions antérieures.

Ce n'est pas seulement la confusion de la cause efficiente et de la cause finale que l'on peut reprocher à la doctrine que nous critiquons. Elle commet bien souvent une autre confusion, plus grave peut-être encore, puisque son but proclamé est de l'éviter, nous voulons dire la confusion de la cause et du motif. « Du moment
« que l'on se croit autorisé à rechercher une cause dis-
« tincte de l'objet, il est difficile de ne pas tomber
« dans la confusion que l'on veut théoriquement évi-
« ter. » (1) C'est ce qui n'a pas manqué de se produire.

On dit généralement que ce qui différencie la cause du motif, c'est que la cause est la fin immédiate que se propose le contractant, tandis que les motifs sont les fins plus ou moins éloignées qu'il peut concevoir. D'où découlerait la conséquence suivante, nettement exposée par Demolombe.

« Tandis que la cause finale, dit-il (2), est toujours
« identiquement la même dans tous les contrats iden-
« tiques, la cause impulsive est essentiellement
« variable...

« Dans un contrat de vente, par exemple, qu'il soit

(1) Huc, t. VII, p. 118.

(2) T. XXIV, p. 340.

« fait par Pierre, par Paul ou par Jacques, la cause
 « finale sera toujours invariablement identique : pour
 « le vendeur, l'obligation par l'acheteur de lui payer le
 « prix, et pour l'acheteur l'obligation par le vendeur
 « de lui livrer la chose.

« Mais regardez à la cause impulsive ; et, tout aussi-
 « tôt, des différences et des variétés infinies vont
 « surgir !

« Par quel motif Pierre, Paul ou Jacques a-t-il em-
 « prunté ? le premier peut-être, pour payer un prix
 « de vente ; le second, pour doter sa fille ; le troi-
 « sième pour faire de grosses réparations à son immeu-
 « ble ou pour jouer, etc... » (1)

Tout d'abord, nous ne pouvons trouver légitime cette façon de mettre en contraste des phénomènes psychologiques de même ordre ; qu'on leur donne les noms les plus divers, cause et motif, cause finale et cause impulsive, il est certain que tous ces mots font allusion à des raisons d'agir, à des mobiles, à des motifs. Pourquoi réserver un nom et une place distincts à l'un de ces motifs ? « Les motifs peuvent être multiples, dit M. Sfériadès (2) ; on donne le nom de
 « cause à celui qui est le plus rapproché du consente-
 « ment... Pourquoi distinguer la raison la plus proche,
 « pour lui donner la qualification de cause ? Les unes

(1) V. également Colmet de Santerre, t. v, p. 57, n° 46 bis ; Laurent, t. xvi, p. 148, etc.

(2) P. 7-8.

« aussi bien que les autres n'ont-elles pas exercé une « pression sur ma volonté, qui sans l'une d'elles, n'aurait peut-être pas consenti ? »

Quant à la différence entre la cause et les motifs résidant dans la fixité de la cause et la variabilité des motifs, elle est plus apparente que réelle. Dans une vente, dit-on, la cause de l'obligation de l'acheteur sera toujours l'obligation du vendeur, mais ses motifs varieront.

Cela n'est pas tout à fait exact. Il y aura un motif toujours semblable dans toutes les ventes : c'est le désir de l'acheteur d'avoir la possession de l'objet acheté. Il y aura encore un autre motif toujours semblable : c'est l'intention de satisfaire un besoin quelconque, grâce à la possession de l'objet acheté. Ce n'est que quand on remontera toute la chaîne des motifs et quand on arrivera à préciser le besoin à satisfaire que l'on rencontrera la diversité et la variété.

En réalité, il n'y a aucune différence essentielle entre la cause, ainsi qu'elle est entendue d'ordinaire, et le motif : la cause n'est qu'un motif au premier degré, le motif qu'une cause au second degré. Aussi tout en voulant les distinguer soigneusement, tout en proclamant que l'existence et le caractère de la cause importaient seuls à la validité du contrat et que l'existence et le caractère des motifs n'étaient pas à considérer, a-t-on bien souvent confondu ces deux notions prétendument différentes. Nous le constaterons bientôt.

Enfin, nous ferons un dernier reproche à la théorie de la cause. Non seulement elle est inutile, en ce sens que les nullités qu'elle a pour effet de faire prononcer seraient, en son absence, prononcées pour d'autres raisons. Mais encore elle est insuffisante, en ce sens qu'en la prenant à la lettre, certaines nullités ne seraient pas prononcées qui cependant s'imposent. Supposons successivement une vente et une donation ayant un objet illicite : le cas sans doute se présentera rarement, car ce ne sont pas, en général, des choses, mais des actions qui peuvent être qualifiées d'immorales ou d'illicites et c'est par suite dans les obligations de faire que l'on rencontrera presque toujours des objets illicites. Mais cependant nos hypothèses ne sont pas de pures hypothèses d'école : si la vente ou la donation portent, par exemple, soit sur des marchandises de contrebande, soit sur des livres obscènes, leur objet, à coup sûr, sera illicite ou immoral. S'il s'agit d'une vente, la théorie de la cause entraînera la nullité de la convention : l'obligation de l'acheteur, ayant pour cause la dation de choses illicites, sera nulle, ainsi que le contrat dont elle fait partie. Mais s'il s'agit d'une donation, la cause étant ici l'intention libérale et cette intention ne pouvant par elle-même être illicite ou immorale, il faudra valider le contrat, si l'on s'en tient à la doctrine stricte de la cause. En effet, aucune disposition légale ne prononce la nullité de l'obligation dont l'objet est illicite. M. Sfériadès pense, il est vrai, que

l'art. 1128, aux termes duquel les choses qui sont dans le commerce peuvent seules être l'objet des conventions, aurait suffi à faire annuler les contrats dont l'objet est illicite. Selon lui, un fait contraire à la loi ou aux mœurs n'est pas dans le commerce, de sorte que la convention qui porte sur un fait de cette nature est nulle faute d'objet dans le commerce (1). MM. Aubry et Rau paraissent partager cette opinion (2). Mais il nous semble apercevoir là une pétition de principes. Pourquoi une prestation immorale est-elle hors du commerce? On concevrait fort bien qu'on pût traiter valablement de la vente de marchandises obscènes. Si l'objet d'une telle vente *est* hors du commerce, c'est à condition que la loi le *mette* hors du commerce, en déclarant que l'objet immoral ne peut légalement servir de matière à un contrat. En l'absence d'une disposition légale, nous ne croyons pas que le juge aurait le droit d'annuler les conventions dont nous nous occupons. Il nous faut donc trouver dans le Code cette disposition. Or nous ne l'y rencontrerons qu'à condition d'appliquer à l'objet les dispositions des art. 1131 et 1133, relatives à la cause. Si l'on ne pense pas, comme nous, que le législateur s'est trompé en parlant de cause et qu'en réalité, pour observer les intentions mêmes du législateur, c'est au caractère de

(1) P. 102.

(2) T. IV, p. 315 et suiv.

l'objet qu'il faut s'attacher, nous ne voyons pas au nom de quel principe légal on pourra déclarer que les donations dont l'objet est contraire aux mœurs doivent être annulées.

Après examen, nous nous sommes déclaré adversaire de la théorie de la cause, jugeant qu'elle est sans utilité et qu'elle n'est pas sans inconvénient. Il nous reste à examiner ce que pensent ses partisans de son intérêt pratique.

Larombière, après avoir démontré que « l'objet est « tour à tour cause et objet suivant le point de vue auquel on le considère », constate que « la théorie de « l'objet des contrats a bien des points communs avec « celle de leur cause (1). »

MM. Aubry et Rau reconnaissent aussi l'analogie des deux notions. Ils donnent d'ailleurs comme exemples de conventions fondées sur un objet illicite des conventions généralement regardées comme ayant une cause illicite (2).

Demolombe est plus net. Après avoir déclaré qu'il fallait bien se garder de confondre la cause avec les autres éléments du contrat, il montre que la cause d'une des obligations, dans les contrats synallagmatiques, est l'objet de l'autre obligation, et il ajoute : « Aussi, lorsqu'il s'agit de savoir, dans ces sortes de contrats, si

(1) T. I, p. 197.

(2) T. IV, p. 319 et p. 321, note.

« la cause d'une obligation est licite ou illicite, cette question se confond avec celle de savoir si l'objet de cette obligation est lui-même licite ou illicite. *Ces deux questions, à vrai dire, n'en font qu'une* (1). » C'est pourquoi, quand il s'agit de donner des exemples de conventions ayant une cause illicite, se contente-t-il de renvoyer purement et simplement à ce qu'il a dit sur les conventions dans lesquelles le caractère illicite se rencontre non dans la cause, mais dans l'objet (2).

Enfin, M. Laborde, qui a entrepris de réhabiliter la théorie de la cause, écrit : « La théorie de la cause peut être suppléée par celle de l'objet dans les contrats synallagmatiques (3) ».

On voit que Demolombe et M. Laborde abandonnent partiellement, mais formellement, la doctrine qu'ils avaient soigneusement édifiée. Cependant s'ils reconnaissent que la doctrine de la cause est de nul intérêt dans les contrats synallagmatiques, ils prétendent qu'elle conserve son intérêt pour les contrats unilatéraux. Mais M. Laborde, après avoir indiqué que cet intérêt se présente dans le cas où, l'objet de l'obligation étant licite, son but ne l'est pas, ne précise pas l'hypothèse qu'il a en vue et semble bien confondre la cause et le motif de l'obligation.

(1) T. xxiv, p. 332. — V. également p. 345.

(2) *Ibid.*, p. 358.

(3) *Revue générale du droit*, 1881, p. 345 et suiv.

Quant à Demolombe, il donne comme exemple de contrat unilatéral le cas où un individu s'oblige à payer à un autre une certaine somme pour qu'il cesse des relations adultérines (1). On pourrait d'abord se demander s'il s'agit là d'une convention unilatérale et non d'une convention synallagmatique. Mais du moment que Demolombe admet qu'on puisse parfois prononcer indifféremment la nullité d'un contrat pour caractère illicite soit de l'objet soit de la cause, comment n'a-t-il pas vu qu'il en est de même ici ? Il est certain que l'obligation de l'individu qui s'oblige, *moyennant paiement*, à cesser des relations adultères manque d'objet licite, soit qu'on dise avec M. Colmet de Santerre, auteur causaliste cependant, qu'il y a défaut d'objet, « que ce « n'est pas cette prétendue obligation qui lie le débiteur déjà tenu à d'autres titres et qu'il n'y a pas « d'obligation quand il n'y a pas de lien (2) », soit qu'on dise avec M. Séfériadès (3) que l'objet de cette obligation n'est pas dans le commerce, soit qu'on dise simplement que cet objet est immoral, — ce qui, de toute façon, entraîne la nullité du contrat tout entier. Dira-t-on que la cessation de relations coupables n'est pas immorale ? Mais il en sera de même que cette cessation soit considérée comme objet ou comme cause. La

(1) T. xxiv, p. 365.

(2) T. v, n° 49 *bis*, II.

(3) P. 104.

vérité est que la cessation des relations adultères est illicite en tant qu'objet d'un contrat à titre onéreux.

En résumé, la théorie traditionnelle de la cause est, de l'aveu même de ses défenseurs les plus persévérants, inutile dans la majeure partie des cas. Mais nous pouvons facilement constater que l'inutilité de la théorie est générale et non partielle. Nous demandons ce qu'il faut penser d'une théorie juridique, qui ne sert à rien qu'à doubler — en les obscurcissant et en les compliquant — d'autres théories, simples et claires. On a dit parfois — et M. Léon Michel exprimait cette idée dans son cours — que si la théorie de l'objet et celle de la cause conduisent aux mêmes résultats, il est d'une analyse plus pénétrante de distinguer la cause de l'objet. Nous ne pouvons être touché par cet argument. Nous n'avons pas à nous livrer à des analyses psychologiques, comme d'ailleurs M. Léon Michel l'enseignait expressément, mais à des analyses juridiques. Nous n'avons pas à fixer les divers stades de la pensée des contractants, mais à fixer les divers éléments juridiquement nécessaires à l'existence et à la validité du contrat. Or il n'est pas possible d'exiger la présence de deux éléments, alors que la présence d'un seul d'entre eux suffit à valider le contrat et que l'absence d'un seul d'entre eux suffit à l'annuler. Nous ne pouvons que persévérer dans notre conclusion : la théorie de la cause est aussi gênante qu'inutile. C'est ce qu'ont pensé d'ailleurs les législations les plus récentes. Le nouveau

Code civil allemand ne parle que de l'objet illicite (1). Le Code fédéral Suisse des obligations porte, dans son art. 17 : « Un contrat ne peut avoir pour objet une « chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes « mœurs. »

B. *Les théories récentes.*

Quelques auteurs récents ont essayé de renouveler la théorie de la cause et de découvrir une définition qui, tenant compte des critiques adressées à la théorie traditionnelle, pourrait échapper à ces critiques. Nous allons examiner rapidement ces essais de rajeunissement.

Un de ces auteurs M. Colin, dans une thèse que nous avons déjà signalée, tente de mettre un peu d'harmonie dans une doctrine évidemment peu homogène. Frappé sans doute, quoiqu'il ne le dise point expressément, de la diversité de nature qui, à en croire les auteurs traditionnalistes, sépare la cause dans les contrats intéressés de la cause dans les contrats de bienfaisance, M. Colin a cherché une définition qui pût embrasser ces deux aspects de la cause. Il a posé ce principe que la cause est l'antécédent immédiat de la volition ; qu'elle est ce qui détermine la volonté de s'obliger ; qu'elle doit être un

(1) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation, passim* et notamment p. 149.

phénomène psychique. Il en tire cette conclusion que la cause d'une obligation est la considération qui explique la naissance. D'où cette double application : dans les contrats intéressés, la cause de l'obligation de l'une des parties est la considération de l'avantage que l'autre partie procure à la première par l'effet d'une prestation qu'elle réalise ou d'une obligation qu'elle contracte, c'est-à-dire que dans les contrats synallagmatiques, la cause de mon obligation est la considération de l'obligation de mon cocontractant, et que, dans les contrats unilatéraux, la cause de mon obligation est la considération de la prestation qui m'est faite par mon cocontractant ; — pour ce qui est des contrats de bienfaisance, la cause en réside dans la considération de l'avantage qui résulte au profit du donataire par l'effet du contrat.

Il est certain que la théorie de M. Colin met un peu d'ordre là où il n'y avait que disparate. Mais elle ne peut cependant nous satisfaire. Dire que la cause de mon obligation consiste dans la considération qui explique sa naissance, c'est dire qu'elle consiste dans le motif qui a déterminé la partie à s'obliger. M. Colin ne le nie pas, et met en fait que cause est synonyme de motif. Seulement il soutient que ce qu'on appelle généralement le motif de l'obligation est en réalité le motif ou la cause du contrat (1), lesquels en effet ne doivent

(1) Comp. Demolombe, t. xxiv, p. 340.

pas être pris en considération. D'après M. Colin, la cause du contrat est toute différente de la cause de l'obligation. Viendra-t-il jamais à l'esprit de personne, dit M. Colin, de dire que si Pierre, qui a acheté du blé à Paul, doit cent francs à celui-ci, c'est parce qu'il avait des terres à ensemencher? — Il nous semble ici apercevoir une confusion : si Pierre *est* obligé envers Paul, ce n'est pas sans doute parce qu'il a des terres à ensemencher, mais ce n'est pas non plus parce qu'il prend en considération la prestation que lui fait Paul, c'est parce qu'il a passé avec lui un contrat de vente. Pour qu'il puisse être question de *considération*, il faut demander pourquoi Pierre *s'est* obligé : c'est évidemment parce qu'il avait en vue la prestation à effectuer par Paul, mais c'est aussi parce qu'il songeait à l'ensemencement de ses terres. Nous craignons que M. Colin n'ait confondu la cause efficiente ou source de l'obligation, et la cause finale ou motif de l'obligation. Quant à nous, nous ne pouvons apercevoir la différence qu'il peut y avoir entre le motif du contrat et le motif de l'obligation : demander pourquoi je me suis obligé ou pourquoi j'ai contracté, c'est, à notre sens, identiquement la même chose.

Au reste la théorie de M. Colin est quelque peu flottante, et c'est peut-être trop la préciser que de dire que la *considération* n'est autre chose que le motif : on ne sait pas toujours ce qu'est au juste cette considération, et l'on peut se demander, notamment, comment la con-

sidération d'une obligation pourrait jamais être immorale. La prestation de telle chose ou de tel fait peut être contraire aux mœurs, mais comment pourrait-on en dire autant de la considération de cette prestation?

Quoi qu'il en soit, — et c'est là la seule chose intéressante, — M. Colin ne tire pratiquement de sa doctrine aucune conséquence qui diffère des conséquences de la doctrine traditionnelle. Nous craignons qu'elle ne risque, comme cette doctrine et peut-être plus qu'elle, de confondre souvent la cause et les motifs.

Nous arrivons maintenant à un groupe d'auteurs qui, choqués de voir que, d'après la théorie traditionnelle, les donations ne pouvaient jamais être annulées pour immoralité de la cause, se sont efforcés de former un système qui permit d'étendre les prohibitions des art. 1131 et 1133 et de frapper un certain nombre de contrats à titre gratuit, qui jusque-là devaient ou auraient dû logiquement échapper à la nullité.

M. Gauthy (1) commence par distinguer l'objet et la cause. Nous n'avons rien à dire sur ce point : M. Gauthy ne fait que reproduire les définitions et les distinctions traditionnelles. Le système de M. Gauthy devient original, quand il aborde la distinction du motif et de la cause. Il faut, dit cet auteur, que les contractants puissent comprendre l'intérêt qui les porte, chacun de leur côté, à contracter. Or le dessein immédiat de l'un d'eux

(1) *Revue critique*, 1886, p. 44 et s.

est connu de l'autre partie et forme la cause de l'obligation de cette autre partie. Mais quant à ses intentions plus éloignées, elles restent ignorées du cocontractant et forment le motif de l'obligation de celui qui a conçu ces intentions. « Une maison est vendue. Les deux parties « sont bien informées que l'une a dessein d'acheter et « l'autre dessein de vendre ; mais le vendeur ignore « pourquoi l'acheteur veut devenir propriétaire et l'acheteur ignore à quoi le vendeur destine la somme qui « constitue le prix ». Ainsi le motif n'est pas nécessaire à l'intelligibilité de l'obligation : il ne constitue donc pas un élément du contrat. Sans la cause, au contraire, l'obligation serait incompréhensible : la cause est donc un élément nécessaire du contrat. D'où cette définition : la cause est *le fait ou la qualité du créancier qui rend intelligible l'acte par lequel le débiteur s'est obligé*.

M. Gauly applique successivement cette définition aux contrats intéressés et aux contrats à titre gratuit. En ce qui concerne les premiers, il déclare que la cause de l'obligation consiste dans l'obligation du cocontractant ou dans la prestation par lui faite : c'est la théorie ordinaire : nous n'avons rien à en dire. — Passant aux contrats à titre gratuit, M. Gauly écrit : « La cause d'une « donation est la qualité du donataire qui rend intelligible la libéralité du donateur. Or une telle cause « n'est pas distincte du motif, car elle est antérieure à « la convention, elle varie selon les circonstances et « elle peut être connue du donateur sans que le dona-

« taire la soupçonne. Mais en ce cas, comme il faut bien
« que le don soit intelligible pour celui qui le reçoit,
« la véritable cause est dissimulée sous un prétexte :
« de sorte que la cause est, au moins en apparence,
« toujours connue des deux parties ». Et plus loin : « La
« cause ressemble tant au motif qu'il n'est plus possi-
« ble de l'en distinguer ».

Ainsi, voilà un système qui est tout entier fondé sur la distinction essentielle de la cause et du motif et qui aboutit à leur identification. Cette seule constatation suffit, à notre sens, à détruire le système. La cause, nous dit-on, est un élément essentiel du contrat, mais non pas le motif, — puis, comme conclusion : le motif ne se distingue pas de la cause. C'est donc qu'il est un élément du contrat ? — Autre objection très grave. Pour M. Gauly, la cause est la raison de contracter connue du cocontractant : or, il reconnaît que, dans les donations, la cause peut être ignorée du donataire. Cela ne l'embarrasse guère : la véritable cause sera dissimulée sous un prétexte, de sorte qu'en apparence la cause sera connue des deux parties. Mais M. Gauly ne s'est-il pas aperçu qu'en pareil cas la définition qu'il donne de la *cause* s'applique uniquement à la *fausse cause*, et qu'ainsi ce qu'il a défini la cause ne sera pas la cause ?

En réalité, le système de M. Gauly n'a qu'un but, que son auteur ne déguise pas : il sait que ce système n'a aucun intérêt dans les contrats intéressés, mais dans

les contrats de bienfaisance, comme il aboutit à la confusion de la cause et du motif, il permet d'aller rechercher « le fait qui a inspiré la volonté de donner » et d'annuler par exemple « la donation faite par un amant à sa « maîtresse en récompense du concubinage consommé. « et la donation faite par le père ou la mère à son « enfant adultérin dont la filiation n'est point reconnue « en droit... »

M. Tarbouriech et M. Planiol se sont proposés le même but : atteindre les donations dont les motifs ne leur sembleraient pas conformes aux bonnes mœurs. M. Tarbouriech (1) reconnaît bien que « la cause est « l'affection, la gratitude, » mais il ajoute qu' « elle peut « être illicite, si cette affection a sa source dans des « faits immoraux. » M. Planiol (2) déclare qu'il est inadmissible qu'il n'y ait jamais de cause illicite dans les donations, d'où il conclut qu' « il faut, pour estimer « l'intention du donateur, en rechercher les motifs. « Pourquoi le donateur a-t-il voulu donner ? Était-ce « l'affection naturelle ? Un lien de parenté ? Une pensée de charité ?... » Nous aurons à reparler des opinions de ces deux auteurs, à propos de certaines espèces particulières auxquelles ils les appliquent. Pour l'instant, nous nous demanderons simplement si, d'une

(1) *De la cause dans les libéralités*, p. 17.

(2) *Examen doctrinal*, dans la *Revue critique*, 1888, p. 705 et suiv.

façon théorique, il est possible d'admettre jamais la recherche des motifs.

Or cette recherche nous semble à la fois contraire à la loi et contraire aux vrais et sains principes juridiques (1). En premier lieu, nous ferons remarquer que si l'on annule les donations pour motifs illicites, il faudra également les annuler pour défaut de motifs — par exemple si l'on n'arrive pas à établir le motif qui a porté le donateur à s'obliger (2) — ou pour erreur sur les motifs. Or, aucun des auteurs que nous venons de citer, aucun monument de jurisprudence n'osent aller jusque là.

En second lieu, la doctrine que nous critiquons ne nous semble nullement conforme à l'intention du législateur. Sans parler des commentateurs du Code, anciens ou récents, nous pouvons voir facilement que la doctrine en question ne trouve aucun appui chez les inspireurs du Code ou chez ses rédacteurs. Nous avons vu déjà que pour Pothier, Bigot-Préameneu, Portalis, la

(1) Il faut indiquer cependant que cette recherche est admise par la loi suisse. *Code fédéral des Obligations*, art 75 : « Il n'y a pas lieu à restitution de ce qui a été donné *en vue d'atteindre un but* illicite ou immoral. »

(2) En effet, le débiteur doit, d'après la jurisprudence, prouver qu'il n'y a pas eu de cause à son engagement, si l'*instrumentum* ne contient pas l'indication de la cause. Dans notre cas, le donateur, pour établir ce fait négatif de l'absence de cause, passera en revue les divers motifs qui ont pu le pousser à donner, montrera qu'ils ne se rencontrent pas dans l'espèce et fera ainsi annuler la donation.

cause de la donation réside dans l'intention libérale. Domat, il est vrai, dit que « l'engagement de celui qui « donne a son fondement sur quelque motif raisonnable « et juste, comme un service rendu ou quelque autre « mérite du donataire, » mais il ajoute « *ou le seul plaisir de faire du bien* ». Donc si le seul plaisir de faire du bien, autrement dit l'intention libérale, est une cause suffisante d'engagement, il n'y a pas lieu de rechercher les motifs plus éloignés qui ont pu déterminer le donataire. Nous ne pensons donc pas qu'on puisse tirer argument de ce passage de Domat, qui confond d'ailleurs les deux notions de motif et de cause.

Enfin, nous pensons qu'il n'est pas juridique d'aller chercher les éléments d'un contrat dans les intentions les plus secrètes, dans les pensées les plus reculées des contractants. Comme le disait, dans son cours, M. Léon Michel, (partisan, nous l'avons vu, de la théorie de la cause), *psychologiquement* la cause est la série des volitions antérieures à la détermination de contracter, qu'on les appelle causes, mobiles, motifs ou autrement; mais ce n'est pas là qu'on peut trouver la cause *juridique* sans laquelle le contrat n'existe pas. Sinon, comment vérifier l'existence et le caractère de la cause ? Il faudrait remonter indéfiniment la chaîne des pensées qui se sont déroulées dans le cerveau du contractant, sans pouvoir jamais dire, sous peine d'arbitraire, à laquelle de ces pensées il faudrait s'arrêter. De plus, la validité d'un acte juridique, acte objectif, ne peut dépendre de raisons purement

internes, variables, échappant souvent à l'analyse.

Dans la pratique la recherche des motifs amènerait, sans nul doute, des abus déplorables. Nous admettons que le magistrat examine les éléments extérieurs, des conventions. Nous n'admettons pas qu'il aille scruter la pensée intime des parties, qu'il aille fouiller leur conscience et leur cœur. Que nos actes soient soumis à son appréciation, soit. Mais que les ressorts les plus secrets de notre pensée puissent servir de champ à ses investigations, c'est ce qui nous paraît inadmissible. Il peut arriver, sans doute, que le juge soit obligé de rechercher l'intention des parties, mais si cette recherche est légitime, parce que nécessaire, quand il s'agit de savoir *ce qu'elles ont voulu*, elle nous paraît absolument illégitime, quand elle se propose de découvrir *pourquoi elles ont voulu*. La doctrine qui admet l'examen des motifs aboutit à un système inquisitorial, qui nous apparaît comme intolérable. (1)

(1) Nous n'examinons pas ici le système suivant lequel la théorie de la cause se rattache d'une façon générale à la théorie du consentement ou se confond avec elle (Brissaud, p. 15-16 ; Colmet de Santerre, t. v, n° 47). Il nous semble certain que ce système n'est pas celui du Code puisque le vice du consentement n'entraîne que la nullité relative du contrat, tandis que le caractère illicite de la cause entraîne son inexistence. Or nous ne cherchons pas quelle serait la vraie théorie de la cause, nous examinons quelle est celle du Code.

C. Conclusion.

Pour conclure, quant à la première des deux catégories de conventions immorales visées par le Code, nous pensons que le caractère plus ou moins moral des motifs des contrats ne doit avoir aucune influence sur le sort de ces contrats et qu'il importe uniquement de s'assurer si l'*objet* des obligations ou de l'une d'entre elles, objet qui forme l'objet du contrat lui-même, est ou non licite. Nous définirons donc le premier ordre de conventions immorales (celles que le Code considère comme reposant sur une *cause* immorale) les *conventions dans lesquelles les obligations qui en découlent, ou l'une d'entre elles, ont un objet contraire aux bonnes mœurs*.

§ II. — De la condition immorale.

Nous arrivons maintenant à la seconde catégorie de conventions immorales : celles où l'immoralité porte, non plus sur la cause des obligations, mais sur les *conditions* auxquelles leur existence peut être subordonnée. Cette seconde catégorie donne lieu à moins de difficultés que la première : leur examen nous retiendra donc moins longtemps.

A. Définition de la condition immorale.

Nous nous sommes demandé, dans le chapitre précédent, ce qu'il fallait entendre par cause. Nous devons de même nous demander maintenant ce qu'il faut entendre par condition. — A la différence de ce qui a lieu pour la cause, la définition de la condition ne soulève aucune difficulté. La définition de l'art. 1168 du Code civil (qui, en définissant l'obligation conditionnelle, définit par là-même la condition) a été, sauf quelques variantes insignifiantes, reproduite par tous les auteurs : nous pouvons donc poser, comme acquis, que la condition est « l'événement futur et incertain » dont on fait dépendre l'obligation, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. »

Mais si la définition de la condition ne soulève pas de controverse, il s'est cependant élevé des difficultés sur la manière dont il fallait comprendre les dispositions relatives à la condition illicite. Quand peut-on dire qu'une condition est illicite ?

M. Bartin, reproduisant et développant une théorie de Duranton (1), pense qu'il ne faut pas, pour décider du caractère d'une condition, s'attacher à la nature du fait qu'elle a pour objet, mais à l'intention qui la dicte.

(1) Duranton, t. VIII, p. 156.

« En d'autres termes, dit-il, ce fait peut être absolument
« illicite, sans que la condition le soit ; pareillement, le
« caractère licite de ce fait n'entraîne pas le caractère
« licite de la condition : celle-ci peut être illicite, bien
« que celui-là soit très licite. En un mot tout dépend de
« l'intention : celle des parties qui a imposé à l'autre la
« condition a-t-elle poursuivi un but irréprochable, la
« condition est licite ; à l'inverse, a-t-elle poursuivi un
« but répréhensible, la condition est illicite, quelle que
« soit, dans l'un et l'autre cas, la nature de l'événement
« visé (1). »

Cette doctrine est manifestement inacceptable. Nous avons déjà dit pourquoi nous n'admettions pas la recherche des motifs qui ont pu pousser une des parties à passer le contrat : cette recherche n'est pas plus admissible quand il s'agit de savoir pourquoi un contractant a soumis le contrat à une condition déterminée, que quand il s'agit de savoir pourquoi il a stipulé la dation de telle contre-valeur en retour de l'obligation qu'il contractait lui-même. Nous avons exposé plus haut les causes pour lesquelles la nature des motifs devait échapper à l'appréciation du juge : nous n'y reviendrons pas. Qu'il nous suffise de dire que, dans les deux cas, les raisons de décider sont les mêmes : les décisions doivent donc être semblables. Il est étonnant que M. Bartin qui n'admet pas, dans un

(1) P. 127.

passage de son ouvrage, que les motifs puissent influencer sur le sort du contrat (1), admette ici l'action prépondérante de ces motifs. Les conséquences auxquelles cette théorie aboutit en démontrent d'ailleurs suffisamment l'inexactitude. L'argumentation que nous avons reproduite se trouve dans le chapitre relatif aux conditions illicites proprement dites : M. Martin, qui comprend bien que l'intention, même louable, de la partie qui a stipulé la condition ne peut prévaloir contre la volonté, implicite ou explicite, de la loi, est bien obligé de reconnaître que toute condition restrictive de la liberté de conscience ou de la liberté du commerce et du travail sera nulle, quelle que soit l'intention qui lui ait donné naissance. D'où il conclut qu'il faut considérer, non pas l'intention *finale* du stipulant, mais son intention *immédiate*, qui, en l'espèce a été une restriction des libertés individuelles. — Puis, quand il arrive aux conditions contraires aux mœurs, comme il a déjà émis cette opinion, que nous combattons bientôt, à savoir que toutes les conditions qui *touchent* aux mœurs ont pour effet d'enlever à une personne des droits inaliénables, — il ne peut plus se contenter de cette théorie : en effet, si l'intention de restreindre une liberté suffisait à annuler une condition, les conditions conformes aux mœurs seraient nulles aussi bien que celles qui y sont contraires. C'est l'*intention ultime*, le *but ultime* qu'il

(1) P. 358-359 et p. 363-364.

faudra examiner. Comment justifier ce disparate, resté insoupçonné du législateur et des auteurs ? Cela nous semble impossible. Il est incompréhensible qu'un donateur, par exemple, ne puisse, quelque loyales que soient ses intentions, porter la moindre atteinte au droit qu'a le donataire d'embrasser telle ou telle confession religieuse, de pratiquer telle ou telle industrie, — et qu'il puisse, sous prétexte de la pureté de ses vues, restreindre le droit qu'a la donataire de se marier ou de rester célibataire, de demeurer veuf ou de contracter un second mariage. Telle est cependant la conclusion de M. Martin. Elle suffit à ruiner son système.

En réalité, ce système avait deux buts : expliquer comment un fait licite peut rendre illicite la condition dont il forme l'objet ; expliquer comment un fait illicite peut, dans certains cas, ne pas vicier la condition qui dépend de sa réalisation. Or, ce sont là des choses explicables, même en dehors du système que nous critiquons.

La pratique de telle industrie est licite. Comment se fait-il que l'obligation de l'exercer soit illicite ? L'objet de la condition est conforme à la loi et aux mœurs : comment la condition peut-elle les violer ? Mais la question ne se pose pas : exercer une profession n'est que l'exercice d'une liberté ; être contraint de l'exercer est la privation d'une liberté. Dans le premier cas, il y a respect de l'ordre public, dans le second il y a violation du même principe. Il n'y a pas à expliquer davantage

une différence qui s'explique d'elle-même. L'erreur consiste à considérer le fait mis *in conditione* séparément de cette condition, et à dire : il est licite. Non. Il est illicite, en tant qu'il est mis *in conditione*, c'est-à-dire en tant que son accomplissement n'est pas laissé au choix libre et spontané de celui qui peut l'accomplir, en tant qu'il constitue une prestation. Que cette explication soit philosophiquement insuffisante, cela est possible : pourquoi la loi prohibe-t-elle l'obligation d'accomplir un acte licite ? Pourquoi la loi s'inquiète-t-elle de garantir la liberté individuelle des citoyens ? Ces questions, et d'autres du même ordre, devraient être élucidées pour que la nôtre pût l'être de façon complète. Mais, juridiquement, notre explication suffit : l'obligation de renoncer partiellement à sa liberté individuelle est illicite, alors que l'exercice de cette liberté est parfaitement licite.

La seconde difficulté à résoudre est la suivante. On sait que, d'après une classification traditionnelle et qui remonte au droit romain, les conditions se divisent en conditions *casuelles*, *potestatives* ou *mixtes*, suivant que leur accomplissement dépend du hasard, de la volonté d'une des parties ou de ces deux éléments combinés. La condition dont l'accomplissement dépend uniquement de la volonté d'un tiers est évidemment casuelle à l'égard des parties, puisque, pour prendre les termes de l'art. 1169 du Code civil, une telle condition « n'est nullement au pouvoir du créancier, ni du débiteur. » Or,

supposons qu'un acte illicite fasse l'objet d'une condition casuelle; supposons le marché suivant : « Je vous « promets tant, si tel délit se produit. » Cette condition sera-t-elle illicite? On admet généralement qu'elle est valable. Et cela semble hors de doute. Pourquoi en est-il ainsi? est-il besoin de dire que si cette condition est valable, c'est parce que, bien que le fait mis *in conditione* soit illicite, l'intention des parties n'avait rien de coupable? Nous ne le pensons pas. Il est bien évident que, quand la loi frappe de nullité des conventions illicites, c'est afin d'en empêcher l'exécution normale, c'est afin de ne pas pousser les parties ou l'une d'elles à l'accomplissement d'un acte blâmable. Mais quand l'acte blâmable ne doit être accompli par aucune des parties contractantes et qu'il n'est pas en leur pouvoir d'en provoquer l'accomplissement, la raison d'être de l'annulation disparaît. En un mot, il faut considérer le caractère de la condition relativement aux parties contractantes : or, l'acte illicite à accomplir par une tierce personne est pour les parties, si l'on peut dire, *res inter alios acta*. Ainsi, si la condition en question est valable, ce n'est pas parce qu'elle ne révèle aucune mauvaise pensée, c'est parce qu'elle ne provoque à aucune mauvaise action.

Nous maintenons donc la règle que nous avons posée à propos de la cause illicite. Pour apprécier la validité d'un contrat, il faut s'en tenir à ses éléments extrinsèques et ne pas aller analyser, qu'on nous passe l'ex-

pression; les « idées de derrière la tête » des parties contractantes. La condition illicite est celle dont l'objet, considéré relativement aux parties et en tant que mis *in conditione*, est contraire aux principes que le législateur a voulu protéger. Il ne s'agit pas de savoir si celui qui a stipulé la condition avait des intentions pures : il s'agit de savoir s'il a mis à la charge de celui qui doit accomplir la condition un acte licite ou un acte illicite. La solution contraire pourrait conduire — il n'est pas besoin de le démontrer — à des résultats foncièrement immoraux.

B. Définition de la convention immorale à raison
de l'immoralité de la condition.

Une dernière question se pose. Nous savons ce qu'est une condition et ce qu'est une condition illicite. Mais la théorie de la condition illicite est-elle utile? la théorie de la cause illicite ne suffisait-elle pas pour frapper les conventions visées par les art. 900 et 1172? On se demande parfois, dans la doctrine, si la cause et la condition ne se confondent pas (1). C'était l'opinion du vieux Coquille, qui écrivait : « Condition et cause sont « de même effet en ce qui est de l'utilité (combien qu'il « y ait différence selon la subtilité, et *in apicibus*

(1) Demolombe, t. xxv, p. 309-310; Laurent, t. xvii, p. 39.

« *juris* » (1). Quelque peu de goût que nous ayons pour les *apices juris*, nous ne pouvons penser que la cause et la condition puissent juridiquement se confondre. En tout cas, leur caractère illicite ou immoral n'entraîne pas toujours et indistinctement, d'après le Code, les mêmes conséquences. C'est ce qu'il est facile de démontrer, en examinant successivement, à ce point de vue, les contrats intéressés et les contrats de bienfaisance.

Pour ce qui est des contrats intéressés synallagmatiques, point de difficulté. Dans de pareilles contrats, la condition n'est sûrement qu'une modalité, qu'un élément accidentel, qui ne se confond pas avec la cause (ou l'objet) de l'obligation. « Un individu vend sa maison moyennant tel prix à un acheteur, si ce dernier prête un faux serment. La suppression de la condition ne ferait disparaître aucun des éléments essentiels du contrat ; donc, si la nullité est prononcée c'est uniquement à raison de la condition illicite (2). » Il ne peut y avoir sur ce point de dissentiments.

Dans les contrats unilatéraux au contraire, la condition, selon M. Huc, paraît se confondre avec l'objet de l'obligation qui en dépend. Exemple : je vous promets cent francs, si vous n'incendiez pas ma maison. Supprimons cette condition, il reste une simple promesse à

(1) Guy Coquille, *Coutume de Nivernais*, ch. xxii, art. 13.

(2) Huc, t. vii, p. 332.

titre gratuit. Or les parties avaient entendu faire un acte à titre onéreux : donc la condition était un élément essentiel du contrat, il en était l'objet. — M. Huc semble oublier ici une différence très nette qui sépare, dans les contrats unilatéraux, comme dans les contrats synallagmatiques, la cause de la condition. Quand on parle de l'objet d'une obligation, c'est qu'il y a une obligation, dont l'exécution peut être exigée. Or, dans l'exemple cité par M. Huc il n'y a pas, du côté de celui dont l'action ou l'abstention forme la matière de la condition, obligation. Cependant cette action ou cette abstention, auxquelles il ne peut être tenu, mais qui, si elles se produisent, donneront naissance à des obligations, ces sortes de prestations, il faut bien leur donner un nom. Appelez-les objets, soit ; mais objets conditionnels, ou, si vous le préférez, éventuels. Il n'est donc pas exact que les deux notions de condition et d'objet se confondent vraiment.

Au reste, c'est là une discussion quelque peu oiseuse. Si, pour la justesse de l'analyse juridique, il importe de distinguer la cause et la condition, il est certain que dans les actes à titre onéreux l'effet de la condition illicite est identique à celui de la cause illicite. Dans les deux cas, l'acte à accomplir par l'une des parties, — que l'accomplissement de cet acte puisse ou non être exigé — entraînera, s'il est illicite, la nullité du contrat tout entier. Pour les contrats de bienfaisance, la question est beaucoup plus délicate. L'art. 900 du Code civil

dispose formellement que dans les donations entre-vifs et testamentaires, les conditions illicites seront réputées non écrites. La conséquence de cette disposition est évidemment la suivante : il n'y a pas de donations nulles pour condition illicite. Puisque les conditions contraires à la loi, à l'ordre public ou à la morale qui affectent les donations sont censées n'avoir pas été stipulées, la convention ne sera jamais affectée du vice de la condition. Cependant, s'il fallait s'en rapporter à la jurisprudence, cette conséquence bien nette des termes si clairs de l'art. 900 ne se produirait pas invariablement.

On sait à combien d'explications et de controverses a donné lieu cet art. 900. Vient-il du droit romain, qui consacrait une solution analogue, mais pour les donations testamentaires seulement ? Vient-il du droit intermédiaire ? Cet article est-il interprétatif de la volonté du donateur ? Est-il, au contraire, un texte impératif qui s'impose au juge et ne lui permet pas de faire dépendre l'exécution du contrat de l'exécution de la condition, quand bien même le donateur l'aurait ainsi formellement stipulé ? — Nous n'entreprendons pas d'examiner ces difficultés. M. Bartin, a démontré de façon péremptoire que la disposition légale qui nous occupe puise son origine dans la loi des 5-12 septembre 1791, qui, impérativement, avait réputé non écrites toutes les conditions contraires aux nouveaux principes politiques proclamés par la Révolution, et

cela pour en assurer l'inefficacité de la façon la plus complète et la plus sûre (1). Nous ne saurions donc adopter l'opinion des auteurs qui pensent que l'art. 900 repose sur une interprétation présumée de la volonté du disposant (2). Toujours est-il que la jurisprudence a toujours professé la doctrine suivant laquelle l'art. 900 est une disposition impérative.

Et cependant c'est la jurisprudence qui, à maintes reprises, a trouvé un procédé pour arriver à lier le sort d'une donation au sort de la condition à laquelle elle était soumise. D'après elle, lorsque la condition a été le *motif déterminant*, la *cause impulsive et déterminante* du contrat de donation, il y a lieu d'appliquer, non plus l'art. 900 mais l'art. 1131. Dès lors si la condition est illicite, la donation tombe (3).

Le langage de la Cour de Cassation ne nous semble pas bien net : qu'est-ce qu'une *condition* qui est un *motif* et une *cause*? Serait-il vrai que, dans les donations, la condition illicite puisse jamais se confondre avec la cause illicite? La question revient à se demander s'il peut y avoir une cause illicite dans les donations. Nous avons déjà répondu à cette question : la cause,

(1) P. 305-336.

(2) Demolombe, t. xviii, p. 251. — Aubry et Rau, t. vii, p. 290. — Dans le sens indiqué par M. Martin, Laurent, t. xi, p. 574; Hue, t. vi, p. 71.

(3) Voir notamment : Cass. 27 juillet 1883, S. 84. 1. 305 (note de M. Labbé); Cass. 3 novembre 1886, D. 87. 1. 157; Nîmes, 22 janvier 1890, D. 91. 2. 113 (note de M. Planiol).

dans ce genre de contrats, se confond avec le consentement et ne saurait jamais être illicite. Ce que la Cour de Cassation appelle cause ou motif est uniquement le motif, qui est sans influence sur le sort des conventions. La solution de la jurisprudence ne peut donc se justifier, en tant qu'elle s'applique à de véritables donations.

Il est vrai que sous l'apparence d'un contrat de bienfaisance peut se cacher un acte à titre onéreux. Il est évident qu'en pareil cas les juges devront appliquer les règles relatives aux actes à titre onéreux. C'est un principe certain et parfaitement rationnel que les parties ne peuvent faire produire à un contrat les effets d'un autre contrat en le déguisant sous l'aspect de cet autre contrat. Quant à savoir dans quel cas une donation constituera en réalité un contrat à titre onéreux, quelles circonstances seront de nature à faire apparaître la condition apposée à une prétendue donation comme la contre-valeur de la chose donnée, — c'est là, à n'en pas douter, une pure question de fait. Les juges auront à apprécier l'existence ou l'absence d'intention libérale chez celui qui se présente comme donateur. M. Bartin fait des circonstances qui peuvent transformer une donation en contrat intéressé une analyse très fine et très serrée (1). Mais si les règles qu'il pose peuvent servir d'indications au juge, elles ne peuvent être considérées comme des règles fixes et sûres d'interprétation.

(1) P. 370-387.

Il faudra, dans chaque cas particulier, apprécier d'une part l'importance de la charge imposée comme condition de la donation, d'autre part l'intention du donateur. Nous ne serons pas choqués ici de voir le magistrat rechercher l'intention d'une partie contractante : quand il s'agit de rechercher la nature du contrat conclu, c'est-à-dire de rechercher ce qu'ont voulu faire les parties, on ne peut se refuser à examiner leur intention : ce serait, en réalité, commettre un déni de justice. — Si donc la libéralité prétendue constitue véritablement un contrat à titre onéreux, la condition se transformera en objet d'une obligation et par suite, si cet objet est illicite, il ne sera pas réputé non stipulé, il entraînera nullité du contrat tout entier.

En résumé, nous pouvons définir la seconde catégorie de conventions immorales : les *contrats à titre onéreux dont l'existence est soumise à une condition — potestative ou mixte — contraire aux bonnes mœurs.*

§ III. — Définition générale.

L'étude que nous venons de faire nous a conduit aux résultats suivants : tous les contrats, quels qu'ils soient, sont nuls quand leur objet est illicite ; les contrats à titre onéreux sont seuls viciés par la présence d'une condition illicite, et encore faut-il que cette condition mette à la charge de l'une des parties l'accomplissement de l'action contraire aux lois, à l'ordre public ou

aux mœurs qui en forme l'objet. Telles sont les seules conventions qui puissent être qualifiées de conventions illicites et, quand l'élément illicite est contraire aux mœurs, de conventions immorales. Nous entendons par ces mots les conventions qui, par la volonté du législateur, forment, dans leur ensemble, des actes contraires aux mœurs et qui par suite sont annulées pour le tout et ne peuvent produire aucun effet. Quant aux libéralités — lorsqu'elles constituent véritablement des libéralités — elles ne sont pas viciées par la condition illicite ou immorale qui y est apposée : la donation subsiste comme pure et simple et ne constitue pas, par conséquent, une convention immorale. La définition générale des conventions immorales pourra donc se formuler ainsi : constituent des conventions immorales *les conventions dans lesquelles la prestation mise à la charge des parties ou de l'une d'elles est contraire aux mœurs, que cette prestation forme l'objet d'une obligation ou qu'elle forme l'objet d'une condition, à moins que, dans ce dernier cas, il ne s'agisse d'un contrat à titre gratuit.*

SECTION III

LES « BONNES MŒURS ». ESSAIS DE DÉFINITION

Nous avons vu sur quels éléments de la convention doit porter l'immoralité pour que la convention

puisse être légalement considérée comme immorale. Pour que notre définition fût complète, il nous faudrait maintenant préciser ce que le Code entend par un acte immoral ou, pour mieux dire, contraire aux bonnes mœurs. Nous n'avons pas cependant la prétention de donner de cette notion de *bonnes mœurs* une définition précise. D'autres s'y sont essayés avant nous qui n'y ont pas réussi. Il faut se contenter, en pareille matière, d'indiquer l'ordre d'idées dans lequel il convient de ranger la notion dont on s'occupe et d'en délimiter, autant que cela est possible, le champ d'application.

L'art. 1133 comprend trois catégories de causes illicites : celles qui sont prohibées par la loi, celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, celles qui sont contraires à l'ordre public. L'art. 1172 ne parle que des conditions contraires aux bonnes mœurs et des conditions prohibées par la loi (1) : il ne fait pas allusion aux conditions contraires à l'ordre public. Il est évident cependant que ce dernier genre de conditions est illicite. L'on peut donc considérer que la loi range en trois classes les conventions illicites, selon quelles enfreignent la loi, les bonnes mœurs ou l'ordre public. Mais une première question se pose : est-il possible de distinguer ces trois classes de conventions ? ne se confondent-elles pas, en réalité, les unes avec les autres ?

(1) Nous laissons de côté les conditions impossibles qui sortent entièrement de notre sujet.

On dit parfois que les causes ou conditions contraires aux mœurs sont par cela même illicites, c'est-à-dire, si l'on prend ce mot dans le sens restreint que lui donne le plus souvent la doctrine, contraires à la loi. De sorte que le législateur n'aurait, en visant spécialement les causes et conditions contraires aux mœurs, que désigné spécialement une sorte de causes ou conditions déjà visées par les dispositions relatives à celles qui sont illicites (*stricto sensu*). Dès lors on a dû se demander pourquoi le législateur avait cru devoir faire un groupe à part de conventions déjà frappées par une disposition générale.

M. Bartin, après s'être posé cette question, y fait une réponse singulière. Si, dit-il, il a fallu viser spécialement les conventions *contraires aux mœurs*, c'était afin de valider les conventions *conformes aux mœurs*. En effet, toutes les conventions qui touchent aux mœurs, qu'elles y soient conformes ou contraires, tendent à restreindre chez une personne une faculté de droit public. Or toute atteinte à ces droits inaliénables devrait être déclarée nulle, si la loi, par une exception formelle, n'avait déclaré valables celles de ces conventions qui sont *conformes* aux mœurs, parce qu'elle y a intérêt, parce que de tels contrats corrigent, pour les cas individuels et les êtres concrets, ce que les règles légales contiennent nécessairement d'insuffisant et d'incomplet. Et M. Bartin cite à l'appui de sa théorie un exemple qu'il considère comme tout-à-fait typique : le cas où le prémourant des con-

joints impose à l'autre époux, comme condition d'une libéralité, l'obligation de ne pas se remarier. Selon M. Bartin, la défense absolue de se marier, qui est ordinairement contraire aux mœurs, est, dans ce cas particulier, conforme aux mœurs. Prive-t-elle moins l'époux survivant d'une faculté inaliénable et ne faudrait-il pas considérer comme nulle une telle condition, si la loi n'avait sanctionné, implicitement mais formellement, les conventions qui, pour être conformes aux mœurs, n'en portent pas moins atteinte à des facultés de droit public ? (1).

Il nous semble facile de répondre à cette argumentation. Tout d'abord l'exemple que M. Bartin regarde comme pleinement probant, ne saurait, personnellement, nous toucher : nous considérons la condition imposée par l'époux prémourant à l'époux survivant de ne pas se remarier, comme nettement contraire à la morale aussi bien qu'à l'ordre public : nous n'admettons pas que l'atteinte à la liberté du mariage, prohibée d'une façon générale, devienne ici légitime ; nous n'admettons pas qu'un mourant puisse disposer valablement de la vie de l'un de ses semblables, fût-il son propre époux, ni que celui-ci puisse valablement aliéner, en quelque sorte, à un mort la propriété de sa personne ; nous n'admettons pas que, par des motifs qu'il ne nous importe pas de rechercher, l'époux qui impose la con-

(1) Bartin, p. 239-246.

dition en question puisse légitimement pousser l'autre époux au concubinage (1). D'autre part, le contrat par lequel un individu aliène des facultés de droit public nous apparaît, comme nous le dirons bientôt, comme contraire à l'ordre public et non comme contraire aux bonnes mœurs. Ce que nous regardons comme une erreur de M. Martin vient de ce que, modelant exactement son étude sur le contexte de l'art. 1172, qui ne parle que des conditions prohibées par la loi et des conditions contraires aux bonnes mœurs, il a dû faire entrer dans la classe des conditions prohibées par la loi (c'est-à-dire illicites *stricto sensu*) les conditions contraires à l'ordre public, — alors cependant que, ainsi qu'il résulte des art. 6 et 1133, le législateur du Code a entendu faire des conventions contraires à l'ordre public une catégorie spéciale. Dès lors, M. Martin ne pouvait donner à la condition illicite le sens que lui donne formellement le législateur, à savoir toute condition qui est prohibée par la loi, c'est-à-dire par un *texte de loi* : M. Martin, disons-nous, ne pouvait lui donner ce sens, puisqu'il rangeait dans la classe des conditions illicites les conditions contraires à l'ordre public, qu'aucun texte de loi ne définit et n'énumère pour les prohiber. Si nous sommes dans le vrai, si, comme nous le pensons, les *conditions* restrictives de la liberté individuelle doivent, comme les *causes* de même nature, être considé-

(1) En ce sens, Laurent, t. XI, p. 649.

rées comme contraires à l'ordre public, on ne peut plus dire que l'annulation des conditions contraires aux bonnes mœurs a eu pour but de valider, par une sorte de disposition à *contrario*, les conditions conformes aux mœurs. D'ailleurs cet étrange procédé n'a pas été soupçonné des auteurs du Code ; or, quand il s'agit d'interpréter les intentions et les desseins du législateur, il ne faut lui prêter que les pensées qu'il a pu avoir : tout indique qu'il n'a pas eu celles que lui attribue M. Martin.

La vérité est beaucoup plus simple. Le législateur a d'abord déclaré nulles les causes ou conditions contraires à la loi, c'est-à-dire, de toute évidence, à une disposition légale formelle. Il a ensuite déclaré nulles les causes ou conditions contraires aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à des règles que ne formule aucun texte législatif, aucun code de lois. La distinction est simple, claire, traditionnelle, et nous ne voyons pas de raisons pour répudier la tradition, quand elle interprète clairement une disposition claire.

Reste à savoir si l'on peut distinguer les conventions immorales des conventions contraires à l'ordre public. Ne pourrait-on pas penser que les conventions contraires aux bonnes mœurs sont par là même contraires à l'ordre public ? (1) Il est certain, en tout cas que le législateur, à deux reprises différentes, dans les art. 6 et 1133, a distingué ces deux sortes de conventions ;

(1) C'est ce que pense M. Laurent, t. 1, p. 88.

nous pensons également que s'il n'a pas parlé, dans l'art. 1172, de l'ordre public, c'est pure inadvertance, car si l'on peut soutenir que les bonnes mœurs font partie de l'ordre public et sont par suite inutiles à mentionner spécialement quand on a déjà parlé d'ordre public, la réciproque ne pourrait que difficilement être soutenue. Donc le législateur a fait la distinction : est-il possible de la comprendre, et de distinguer, en fait, ce qui enfreint l'ordre public de ce qui blesse les bonnes mœurs ?

Il ne nous appartient pas de faire une théorie de l'ordre public et d'approfondir cette notion délicate (1). Il nous suffira de poser en fait que, ainsi que son nom seul l'indique, l'*ordre public* est, à peu près, synonyme d'*organisation sociale*. Le maintien de l'ordre public, dont s'est préoccupé le législateur, n'est autre chose que le maintien des institutions qui, d'après le législateur, forment les bases actuellement nécessaires de la structure de la société. S'il en est ainsi — et, quelque difficile qu'il puisse être d'élucider nettement la notion d'ordre public, on nous accordera sans doute que c'est là, approximativement, l'idée que l'on peut s'en faire — la distinction des contrats contraires à l'ordre public et des contrats contraires aux bonnes mœurs sera, au

(1) Voir sur ce sujet, outre les ouvrages généraux sur le droit civil : de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* ; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*.

moins en théorie, assez facile à établir. Toutes les fois qu'une convention sera de nature à porter atteinte à une institution qui, dans notre état social actuel, forme une partie de l'édifice social, la convention sera contraire à l'ordre public : telles seraient les conventions qui porteraient aliénation de droits politiques ; telles seraient les conventions qui porteraient atteinte à l'institution du mariage, soit en restreignant la liberté du consentement, soit en dérogeant aux règles concernant l'autorité maritale ou la puissance paternelle, — le mariage, tel qu'il est organisé par le Code, étant une des bases de la société. La convention, au contraire, ne sera contraire aux bonnes mœurs que si, abstraction faite de l'organisation sociale actuelle, elle peut nous apparaître encore comme blâmable. Prenons un exemple. Un auteur (1) pense que si les contrats relatifs au concubinage peuvent être annulés, c'est parce qu'ils portent atteinte au respect et à l'intégrité du mariage. Tel n'est pas notre avis. Supposons, en effet, que l'institution du mariage n'existe pas ou n'existe plus, que le régime de l'union libre soit instauré, — le pacte par lequel une femme s'obligerait à se donner moyennant un prix convenu cesserait-il pour cela d'être immoral ? Un tel pacte est donc contraire aux bonnes mœurs et non pas à l'ordre public. Sans doute, il peut y avoir une action réciproque des mœurs sur les institutions et des

(1) M. Huc, T. I, p. 181.

institutions sur les mœurs. Cela ne fait pas que les deux choses n'en forment qu'une.

Done, on peut distinguer les atteintes portées aux bonnes mœurs des atteintes portées à l'ordre public et à la loi. Mais il reste à définir les bonnes mœurs. M. Laurent, après avoir reproché à Mourlon de s'être abstenu de donner la moindre idée des notions d'ordre public et de bonnes mœurs, sous prétexte que « ces choses se sentent plus
« qu'on ne les définit » (1) déclare que *rien n'est vague* et ne *doit rester vague* dans la jurisprudence et que le droit exige la précision des idées (2). Mais, plus loin, quand il s'agit de préciser, il est obligé d'écrire : « Ces expressions (*ordre public* et *bonnes mœurs*) sont tellement
« vagues qu'elles échappent presque à une définition
« rigoureuse. » Un autre auteur écrit : « Rien de plus
« variable que cette notion (les *bonnes mœurs*), rien de
« plus insaisissable ; elle se moule sur la forme incessamment modifiée de la Société ; le temps et le lieu
« influent sur elle avec une trop grande puissance pour
« que l'on ait le droit de renfermer, à un moment
« donné, ses éléments dans le cadre précis d'une définition » (3). Remarquons cependant qu'il ne s'agit pas ici de dire quels actes sont ou non conformes aux bonnes mœurs, autrement dit de fixer d'une manière

(1) Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. 1, p. 66-67.

(2) Laurent, t. 1, p. 82.

(3) Brissaud.

invariable la liste des mœurs qui sont bonnes et la liste de celles qui sont mauvaises, mais de dire à quoi correspond, dans la pensée du législateur, la *notion* de bonnes mœurs. Sans prétendre en donner une définition, tentons d'en donner une idée.

Une première chose est certaine. Les bonnes mœurs, au sens du Code, ne se confondent pas avec la morale. Le Code, notre législation tout entière offrent la preuve de l'exactitude de cette assertion. Il n'est pas difficile de trouver dans la loi et la jurisprudence des cas nombreux où se trouvent sanctionnées des conventions que la morale réprouve. Qu'un prêteur, profitant de la détresse de l'emprunteur, exige de lui, en matière commerciale, des intérêts très élevés ; que l'une des parties-fasse promettre à l'autre, au cas d'inexécution, des dommages-intérêts conventionnels de beaucoup supérieurs au dommage éventuel ; qu'un vendeur, sans user de manœuvres frauduleuses, mais spéculant sur l'ignorance de son acheteur, lui fasse payer la chose vendue un prix exagéré, voilà, à coup sûr, autant d'actes qui sont condamnés par une morale même peu sévère, et que cependant la loi protège. Les juges ne pourront, sous prétexte d'équité, modifier de telles stipulations : « les conventions légalement formées tiennent lieu de « loi à ceux qui les ont faites », dit l'art. 1134 du Code civil. Dans certains cas, il est vrai, la loi se départit de cette vérité : elle interdit l'usure en matière civile, elle permet la rescision des ventes d'immeubles pour lésion

de plus des sept douzièmes, etc., mais ce ne sont là que des exceptions à la règle de l'art. 1134, exceptions parfois assez arbitraires. Combien de fois n'arrive-t-il pas que des décisions soient en même temps iniques et juridiques ? Combien de fois n'arrive-t-il pas que des juges expriment le regret d'être contraints à certaines solutions, que repousseraient leurs sentiments naturels d'équité ? Il est donc certain que le législateur ne confond pas, d'une façon globale, le droit et la morale. Les bonnes mœurs ne sont qu'une partie de la morale, et si parfois nous employons, pour la commodité du langage, les mots conventions immorales ou conventions contraires à la morale comme synonymes de conventions contraires aux mœurs, ces expressions ne sont pas d'une rigoureuse exactitude. — Mais la constatation qui précède est toute négative : elle nous dit ce que ne sont pas les bonnes mœurs ; elle ne nous dit pas ce qu'elles sont.

Un commentateur a dit : « Les bonnes mœurs sont « cette honnêteté publique, *honestas publica*, aux pres-
« criptions de laquelle le législateur n'attache pas une
« sanction pénale proprement dite, mais qu'il fait res-
« pecter en ne donnant aucune force légale à ce qui
« serait fait contre elles (1). » Il n'y a rien à retenir de cette définition, qui résout la question par la question.

(1) Dalloz, v^o *Obligations*, n^o 628. — V. également Demolombe, t. xxvi, p. 264.

M. Laurent semble confondre la morale et les bonnes mœurs, quand il écrit : « Il y a, à chaque époque de
« la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que
« la conscience générale accepte, sauf des dissidences
« individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on
« peut dire qu'il y a toujours une morale publique ; les
« conventions contraires à cette morale seront, par
« cela même contraires aux bonnes mœurs. » (1)

Pour M. Huc, les bonnes mœurs sont « les habitudes
« acquises pour le bien, en tant qu'elles sont protégées
« ou déterminées par les lois positives. C'est aux lois
« positives qu'il faut demander quelles sont les mœurs
« qu'il faut protéger contre les conventions particu-
« lières. » (2) Et M. Huc énumère les principes dont la violation constitue une atteinte aux bonnes mœurs. Ce sont, entre autres : le respect dû au mariage (principe prouvé par les dispositions contre les enfants naturels), le bon emploi de sa fortune (principe prouvé par les dispositions relatives au conseil judiciaire), le respect de la bonne foi dans les contrats (principe prouvé par les dispositions sur le dol ou la violence). Combien d'objections ne soulève pas une telle classification ! Le contrat par lequel une femme s'oblige à nouer moyennant paiement des relations sexuelles avec un individu n'est pas nul comme contraire au respect dû au mariage,

(1) T. 1, p. 90.

(2) T. 1, p. 181.

puisque, nous l'avons dit, il serait nul, même si le mariage n'existait pas. Le fait que, dans certains cas, la loi prévient les dissipations pécuniaires (peut-être dans une autre vue que l'intérêt du prodigue) ne fait pas que toute convention qui comporte un mauvais emploi de la fortune des parties soit nulle, — et ceci n'a pas besoin d'être démontré. Enfin, la nullité pour dol ou violence ne se confond pas avec la nullité pour cause ou condition contraire aux mœurs, puisque l'une est relative et l'autre absolue. Le système de M. Huc est donc condamné par ses propres conséquences.

M. Bartin pose en principe qu'une condition ne peut toucher aux mœurs qu'autant que le droit qu'elle met en jeu n'a rien de commun avec les intérêts pécuniaires de la personne à qui elle s'adresse. « S'il est difficile de « définir exactement ce qu'on entend par *mœurs*, il « saute aux yeux que l'idée de mœurs, quelque flottante « qu'elle soit, reste fort éloignée de l'idée d'intérêt « pécuniaire (1). Ce que M. Bartin dit de la condition doit évidemment s'appliquer quand c'est la cause qui touche aux mœurs. Mais, s'il en est ainsi, le contrat de vente d'une maison de tolérance, par exemple, ne sera pas contraire aux mœurs, puisqu'il s'agit là d'un contrat dont la cause touche à des intérêts pécuniaires. Il ne sera pas non plus contraire à la loi, car aucun texte ne le prohibe. Il ne sera pas davantage contraire à l'ordre

(1) P. 248-249.

public, car on ne voit pas qu'il s'attaque à une institution sociale. De fait, en prenant les divers ordres de conditions contraires à la loi ou à l'ordre public que M. Bartin établit sous le nom général de conditions illicites, et qui touchent aux droits politiques, à la liberté de conscience, aux prescriptions relatives aux successions, etc., il n'y a place nulle part pour une condition qui porterait sur la vente d'une maison de tolérance. Faut-il donc en conclure qu'une telle vente est conforme aux bonnes mœurs? Ce qui montre bien que le système de M. Bartin ne saurait être admis, c'est qu'il ne peut trouver dans toute la jurisprudence, comme conditions touchant aux mœurs, que celles qui concernent la liberté du mariage. En admettant que de telles conditions ne touchent pas, comme nous le croyons, à l'ordre public, il est évident que les bonnes mœurs ne comportent pas uniquement le respect du mariage et de la liberté de consentement qui doit présider à sa formation. La théorie de M. Bartin semble reposer sur une confusion : sans doute l'idée de mœurs ne comporte pas, par elle-même, l'idée d'intérêt pécuniaire, mais cela ne fait pas que les mœurs ne soient en jeu dans des contrats ayant un objet pécuniaire ou soumis à une condition d'ordre pécuniaire.

Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait beaucoup de vrai dans la conception de M. Bartin. Les contrats où s'agitent *uniquement* des questions pécuniaires, dont aucun élément ne touche à la dignité et à l'intégrité de la

personne humaine, ne comportent pas l'intervention de la notion de bonnes mœurs. Une convention est passée : l'une des parties, spéculant sur l'urgence des besoins de son cocontractant, lui impose des conditions très onéreuses. Moralement, le contrat est blâmable ; légalement il est inattaquable : les seuls intérêts lésés sont des intérêts pécuniaires (1). Dans le cas de vente d'une maison de tolérance, des intérêts pécuniaires s'agitent, sans doute, mais d'autres intérêts sont en jeu qui touchent à la dignité humaine : ce qui fait qu'une telle vente est contraire aux mœurs, c'est qu'elle repose sur une exploitation de la dégradation morale d'êtres humains.

Voilà, à notre sens, ce qui doit nous donner la solution cherchée. Les bonnes mœurs, prises dans le sens que leur attache le législateur (cette réserve est importante), ne considèrent pas l'homme comme faisant partie d'une société : par suite le respect de la loi, le respect de l'organisation sociale (comprenant le respect de l'organisation politique et de l'organisation familiale, avec toutes les règles relatives aux droits de famille, aux

(1) Le contrat pourra, parfois, être annulé par un autre motif. Voir, par exemple, un jugement du Tribunal de Lille du 15 janvier 1900 (*Journal le Droit* du 20 avril 1900), qui a annulé comme contraire aux mœurs la combinaison aléatoire dite « boule de neige. » Le contrat contenant cette combinaison pouvait être annulé soit pour défaut de cause, soit pour dol, mais non pour atteinte aux bonnes mœurs.

droits successoraux et autres, qui en sont les conséquences) ne font pas partie des *bonnes mœurs*. Les bonnes mœurs considèrent l'homme en tant qu'individu, en tant qu'homme : elles comprennent les règles de vie qui assurent le respect de sa dignité. Les conventions contraires aux bonnes mœurs sont celles qui, comportant ou non des intérêts pécuniaires, méconnaissent cette dignité.

Telle est la définition à laquelle nous avons pu parvenir. Elle ne comporte pas sans doute une grande précision. On pourra discuter encore si telle ou telle stipulation touche ou non aux mœurs. Telle qu'elle est, cette définition nous paraît cependant plus précise que celles qui ont été données jusqu'ici. Elle nous paraît aussi conduire à des solutions plus harmonieuses. C'est ainsi que M. Martin et M. Laurent rangent dans la classe des conventions contraires à la loi ou à l'ordre public toutes celles qui ont pour effet de restreindre la liberté individuelle, (liberté de travail, liberté de domicile, droit de disposer de ses biens, etc.) et toutes celles qui ont pour effet de porter atteinte aux droits de famille ; mais qu'ils placent les conventions ayant pour effet d'entraver la liberté du mariage parmi celles qui sont contraires aux mœurs. C'est ainsi que M. Laurent range la condition de se faire prêtre parmi les conditions attentatoires aux bonnes mœurs alors qu'elle tient et des conditions qui ont pour effet de nuire à la liberté de conscience, et des conditions qui ont

pour effet de nuire à la liberté de la profession, qu'il range indistinctement dans les conditions attentatoires aux lois ou à l'ordre public. Nous considérerons toutes ces conventions comme contraires à l'ordre public : qui dit liberté dit régime social assurant une certaine indépendance aux citoyens ; qui dit mariage dit organisation sociale fondée sur cette institution.

Nous avons dit quelle idée nous nous faisons de la notion de bonnes mœurs. Maintenant, quand pourra-t-on dire, en fait, que telle convention est contraire à ces bonnes mœurs ? C'est là évidemment une question d'appréciation, laissée à l'arbitraire du juge. Ici, nous pouvons reprendre l'observation relatée plus haut : la morale varie avec les temps et les lieux ; il n'est donc pas possible de poser un *criterium* d'après lequel on pourra dire à coup sûr si telle convention est ou non conforme aux mœurs. Mais nous pensons — et sur ce point nous retombons d'accord avec M. Laurent — qu'il se forme, à toute époque, une conscience générale d'où naît une morale publique ; nous pensons, par suite, que les conventions touchant aux mœurs et réprouvées par cette conscience générale doivent être considérées comme contraires aux bonnes mœurs. C'est de cette *vox populi* que doit s'inspirer le magistrat ; c'est à elle qu'il doit conformer ses décisions. Est-ce à dire qu'il sera forcément un conservateur de la morale établie et qu'il devra se refuser à aider aux progrès que cette morale peut accomplir ? En aucune façon. Sur les points

où la morale est — définitivement ou momentanément — fixée, il n'innovera pas. Sur les points où la morale semble en évolution, il pourra se diriger dans le sens de cette évolution. Le magistrat n'est pas un créateur de systèmes de morale : il peut être l'auxiliaire des transformations de la conscience humaine.

CHAPITRE II

L'APPLICATION

Nous avons examiné, dans le chapitre précédent, ce que, théoriquement, il fallait entendre par conventions immorales. Il est indispensable de voir comment, dans la pratique, peuvent être appliqués les principes que nous avons dégagés et d'étudier les résultats auxquels ils doivent conduire. Nous ne prétendons pas donner ici une liste même approximative des conventions immorales : leur définition même indique qu'une telle liste ne pourrait jamais être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, si même il est possible de concevoir qu'elle puisse être établie, étant donné que l'appréciation du caractère des conventions est abandonnée à l'arbitraire du juge. Nous ne voulons pas davantage nous égarer dans les nombreuses hypothèses d'école dont fourmillent, en ce qui concerne notre matière, les traités de droit. Nous prendrons quelques espèces, parmi celles dont la pratique a révélé la fréquence ; nous examinerons les solutions qui leur ont été données ; nous dirons si ces solutions nous

semblent justifiées. Nous ferons en un mot, l'examen critique de la doctrine et de la jurisprudence.

Nous pouvons dire, dès maintenant, que la doctrine, parfois, et la jurisprudence, très souvent, ne semblent pas s'être préoccupées de se maintenir dans les termes stricts de la loi. Elles annulent ou valident les conventions par des motifs qui, pour être le plus souvent élevés et nobles, ne sont pas toujours bien juridiques. Elles ne songent pas à examiner rigoureusement si les contrats qui lui sont soumis sont immoraux dans leur cause ou leur objet ; il leur suffit que leurs sentiments de moralité soient choqués pour qu'elles prononcent l'annulation de ces contrats. Or, sans être formalistes à l'excès, sans vouloir enfermer les juges dans une interprétation étroite et mesquine des textes légaux, — nous estimons qu'en pareille matière, alors qu'il s'agit de porter atteinte à des contrats librement débattus et, dans bien des cas, — tout au moins avec le système de sanction adopté par la jurisprudence et que nous aurons à apprécier plus loin — de favoriser la mauvaise foi d'une des parties contractantes, nous estimons qu'on ne saurait se montrer trop circonspect et que les tribunaux ont le devoir strict de ne pas étendre les prohibitions de la loi. L'annulation d'un contrat, l'interdiction d'en demander l'exécution à son cocontractant, alors qu'on l'a soi-même exécuté, sont des sortes de pénalités civiles, qui doivent, pour être prononcées, trouver leur justification directe et immédiate dans une disposition légale.

Or, il nous apparaît que, faute d'une analyse suffisante des conventions litigieuses, les auteurs et les tribunaux se sont parfois écartés des règles posées par le législateur en matière de contrats immoraux.

§ 1^{er}. — Le courtage matrimonial.

Le contrat de courtage matrimonial est le premier dont s'occupent les auteurs qui traitent des conventions contraires aux mœurs. Peut-être, puisqu'il s'agit, pour ceux qui se prononcent pour la nullité de ces sortes de contrats, de sauvegarder l'institution du mariage, devrions-nous passer cette question sous silence, la stipulation d'une commission de mariage, ne pouvant, dès lors, être annulée que pour atteinte à l'ordre public. Nous la traiterons cependant, et parce que notre opinion, sur ce point, peut n'être pas acceptée et parce que cette espèce est de nature à montrer comment les principes, même non contestés, sont souvent perdus de vue quand on passe à leur application pratique.

On sait qu'en droit romain, la stipulation faite par le proxénète avait un caractère parfaitement licite. « *Pro-
« xenetica licito jure petuntur*, disait Ulpien (1). » Et l'on ne distinguait pas, suivant que la rétribution promise à l'intermédiaire de mariage par l'un des futurs époux

(1) D., L. L, tit. XIV, *De proxeneticis*, 1.

était une somme fixe ou une somme proportionnelle à la dot de l'autre époux, ni, par une conséquence nécessaire, suivant que le paiement de la commission était ou non subordonné à la réussite du mariage. Justinien, en effet, décidait que, s'il n'était intervenu aucune convention, le proxénète n'avait droit à aucun salaire, — décision parfaitement justifiée, le proxénète en pareil cas étant censé être intervenu à titre amical, — mais qu'au cas où un contrat avait été passé, le salaire du courtier matrimonial pouvait s'élever jusqu'au vingtième de la dot, sans cependant pouvoir dépasser cent livres d'or (1).

L'ancien droit français, au contraire, considérait comme illicite toute stipulation faite par un entremetteur de mariage (2), et il n'apparaît pas qu'il ait, lui non plus, fait la moindre distinction, selon les différentes conditions ou les différents modes de paiement qui avaient été stipulés.

La jurisprudence française moderne s'était d'abord montrée fort hésitante sur la question. De 1830 à 1850, nous trouvons six arrêts ou jugements accueillant des demandes d'entremetteurs de mariage et cinq arrêts ou

(1) C., L. V, tit. 1, *De sponsal. et arr. spons.*, 6.

(2) Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, v^o *Proxénète* : « En France, on ne peut point faire de convention sur ces sortes d'objets, et les proxénètes qui font réussir des mariages ne peuvent prétendre que ce qu'on veut bien leur donner. » Cf. les auteurs et arrêts cités par M. le Conseiller Laborie, (voir les deux notes suivantes).

jugements repoussant de pareilles demandes (1). Mais le 1^{er} mai 1855, intervint un arrêt de la Cour de cassation (2), qui se prononça pour la nullité des contrats de courtage matrimonial. Et, depuis lors, la jurisprudence des tribunaux s'est unanimement et docilement rangée à la doctrine de la Cour suprême (3). Quels sont donc les motifs sur lesquels cette jurisprudence fonde ses décisions ?

L'arrêt du 1^{er} mai 1855 s'exprime ainsi : « Attendu
« que le mariage étant, dans le système de notre légis-
« lation, un engagement irrévocable qui touche aux
« intérêts les plus élevés de la famille et de la société,
« dont il est la base essentielle, *le consentement des*
« *époux qui s'unissent ou des parents qui ont autorité*
« *sur eux doit être libre*, éclairé et, par conséquent,
« affranchi de toute influence étrangère et intéressée à
« agir sur la détermination des uns ou des autres ; que
« tout ce qui serait de nature à compromettre ou à
« altérer la moralité et la liberté du consentement est

(1) Plusieurs de ces décisions ne se trouvent pas rapportées dans les recueils de jurisprudence : les unes sont relatées dans le rapport fait par M. Laborie à la Cour de cassation et reproduit au Dalloz périodique avec l'arrêt du 1^{er} mai 1855 ; les autres sont mentionnées au Répertoire alphabétique de Dalloz, v^o *Obligations*, n. 629.

(2) D. 55, 1. 147.

(3) Paris, 3 février 1859, D. 59. 2. 112 ; Nîmes 22 juin 1868, D. 69. 2. 58 ; Nîmes, 18 mars 1884, Dalloz, Rép. alph., suppl^t, v^o *Obligations*, n. 179 (en note) ; Paris, 27 octobre 1892, D. 93. 2. 271 ; Besançon, 6 mars 1895, D. 95. 2. 223.

« par cela même contraire au vœu de la loi, à l'ordre
« public et aux bonnes mœurs; qu'il en est ainsi d'une
« convention par laquelle un tiers, s'engageant à em-
« ployer ses soins et ses démarches pour un mariage,
« stipule en retour *sous la condition de réussir* une
« prime calculée *moins en raison des soins ou des dé-*
« *marches promis qu'en vue du succès et selon l'import-*
« *tance du résultat*; que... cet agent *pourrait*, même
« sans fraude, peser directement ou indirectement sur
« le consentement des époux ou de leurs parents, en
« agissant de façon à dissimuler, à atténuer ou à com-
« battre les causes mêmes les plus légitimes d'hésitation
« ou de refus. »

Nous devons reconnaître que les auteurs se prononcent presque tous dans le même sens que la Cour de cassation (1). M. Laurent formule ses arguments avec une fougue particulière. « Les âmes ne se vendent pas, s'écrie-t-il (2), et ne se louent pas, c'est l'affection qui les unit... L'union des âmes est un mystère dont Dieu est l'auteur. Quand les hommes veulent prendre la place de Dieu, la chute est inévitable. Que dire donc de ces intermédiaires auxquels on donne un nom grec, sans doute pour cacher ce que leur métier a de honteux !... Une pareille convention est-elle valable ? on l'a soutenue devant la Cour de cassation ; nous regrettons de

(1) V. Demolombe, t. xxiv, n. 335; Aubry et Rau, § 345, t. 4, p. 323. *Contra* : Larombière, p. 311, n. 11.

(2) T. xvi, n. 150.

« devoir ajouter qu'à l'appui du pourvoi on a produit
« une consultation portant les noms les plus honorables
« du barreau de Paris. Notre moralité doit être descen-
« due bien bas pour que la conscience d'hommes émi-
« nents ait pu se prêter à soutenir une pareille thèse...
« Le pourvoi citait les lois romaines. Comme si notre
« moralité étaient encore celle des Romains, *qui chan-*
« *geaient de femme aussi souvent que de chemise (sic)!*...
« Tout ce qui serait de nature à compromettre ou à
« altérer la moralité et la liberté du consentement est
« par celà même contraire au vœu de la loi, à l'ordre
« public et aux bonnes mœurs. »

Un commentateur trop zélé va même jusqu'à dire que le contrat de courtage matrimonial est nul parce qu'il consiste dans la vente du consentement de l'époux dont la main est recherchée à celui qui la recherche (1). Laissons de côté cette assertion hasardée — qui n'est peut-être que l'aboutissement logique du système — et examinons l'argument unique de la jurisprudence, appuyée de la quasi-unanimité des auteurs.

Dépouillée de toutes ses amplifications, l'argumentation se réduit à ceci : l'obligation contractée envers le courtier matrimonial est nulle parce qu'elle a pour objet une atteinte à la liberté du consentement des futurs époux. En effet, dit-on, le courtier intéressé à la réussite du mariage, ne manquera pas d'exercer, même

(1) Note sous Poitiers, 9 mars 1853 (D. P. 53. 2. 211).

par les moyens les plus coupables, la plus grande pression sur la personne dont il s'agira d'obtenir le consentement. Raisonner ainsi, c'est — comme l'observation en a été faite bien des fois — confondre l'objet de la convention et les moyens employés pour son exécution par l'une des parties, sans la connivence de l'autre. Et de quel droit affirmer *a priori* que l'intermédiaire recourra à des manœuvres coupables ou simplement à une pression illégitime ? Il s'engage à apporter ses soins à la réalisation de l'union projetée, à mettre deux individus ou deux familles en rapport. Pourquoi dire qu'il entravera la liberté des époux ? C'est là une pure supposition. Cela est si vrai que l'arrêt de la Cour de Cassation est obligé de dire : « Cet agent *pourrait*, même sans fraude, peser directement « ou indirectement sur le consentement des époux. » Ainsi, c'est sur une possibilité d'abus que l'on annulerait un contrat ! Mais, dit-on, ces abus se produiront fatalement. Veut-on dire par là que la possibilité en est grande ? On n'ajoute rien au raisonnement, et notre objection subsiste.

La vérité est qu'on perd entièrement de vue la seule question qu'il importe de se poser : l'objet d'un tel contrat est-il licite ? L'objet de l'engagement que prend l'intermédiaire consiste dans les soins que, moyennant rétribution, il promet de consacrer à la réussite du mariage. Cet objet est-il entaché d'immoralité ?

Ainsi posée, la question ne laisse pas que d'être em-

barrassante. Le mariage est — ou devrait être — une union désintéressée ; et l'on peut soutenir que toute participation aux négociations préalables à une telle union doit être désintéressée, elle aussi. Qu'on ne dise pas que l'entremise d'un tiers, morale quand elle est gratuite, ne peut devenir immorale pour être rémunérée : il ne serait pas malaisé de trouver des actes qui, payés, deviennent répréhensibles, alors qu'ils ne blessent pas la morale, s'ils sont accomplis gratuitement. Nous comprendrions donc facilement que l'on déclarât toujours illicite la stipulation d'un salaire par l'intermédiaire de mariage, non point à raison de ses manœuvres présumées — qui ne forment, en principe, ni l'objet, ni la cause, ni le motif du contrat, mais simplement les moyens purement possibles d'exécution, — mais à raison de l'objet même de l'obligation du promettant, c'est-à-dire la promesse du courtier de donner des soins rémunérés à la conclusion du mariage. C'est ce que décidait, sans les distinctions illogiques dont nous allons parler, notre ancien droit. C'est aussi ce que décide implicitement le sentiment public, qui ne peut se défendre d'une certaine répulsion pour les agents matrimoniaux.

Pourtant, nous devons remarquer que si le mariage est, théoriquement, une union désintéressée, il n'en est pas ainsi, pratiquement, dans la plupart des cas, et les négociations préliminaires, qui portent autant sur la situation sociale ou la fortune des futurs époux que sur leurs qualités morales ou intellectuelles, en sont la

preuve évidente. Or, ni la morale courante, ni la loi n'improuvent de telles pratiques. Pour avoir été une « affaire », le mariage n'en garde pas moins sa dignité aux yeux du monde, ni sa validité et ses prérogatives au regard de la loi. Le Code lui-même contient 200 articles relatifs aux conditions pécuniaires de l'union matrimoniale.

Dès lors, on peut se demander si la participation intéressée à la conclusion d'un mariage est contraire à la loi ou aux mœurs, quand la loi et les mœurs admettent le caractère licite du mariage, alors qu'il est lui-même intéressé.

En tout cas, le motif que nous avons indiqué n'est pas celui sur lequel se fondent la doctrine et la jurisprudence qui, tout en annulant en principe la stipulation d'une rétribution, admettent, (à l'exception de M. Laurent) une distinction qui ne nous paraît guère juridique. Si, en effet, le courtier matrimonial, au lieu de stipuler une rémunération subordonnée à la réussite du mariage, a simplement stipulé le versement d'une somme qui, destinée à l'indemniser de ses frais, de ses soins et de ses bons offices, sera payable quelle que soit l'issue des négociations, le contrat devient valable (1). Ce qui est interdit, c'est seulement ce que Demolombe appelle, avec à propos, le pacte *de quota dotis*.

Pourquoi cette restriction à une prohibition qui semblait générale? Il ne faudrait pas dire que le courtier

(1) Auteurs et arrêts précités, et notamment Demolombe.

n'est en ce cas, qu'indemnisé de ses frais et déplacements, puisqu'on rétribue aussi ses *bons offices*. Aussi se contente-t-on de dire que, n'étant plus intéressé à la réussite de l'union projetée, le courtier ne sera plus tenté de recourir à des moyens déloyaux. Outre que cet argument semble supposer que, n'ayant plus un intérêt immédiat à la réalisation du projet de mariage, le courtier s'abstiendra de tout zèle, ce qui est contraire à son devoir et aussi, s'il est courtier de profession, à sa renommée professionnelle, — nous retombons ici dans cette sorte de calcul des probabilités que nous avons critiqué tout à l'heure, calcul qui peut fort bien se trouver faux, rien n'indiquant que, dans notre hypothèse, le courtier s'abstiendra de fraude.

En résumé, l'objet de l'obligation du promettant consiste dans l'engagement du courtier de s'employer, moyennant rétribution, au succès d'un mariage. Cet objet est-il ou non immoral? Là est la seule question à résoudre. Le vieux droit français disait oui, le droit romain disait non : tous deux étaient logiques, à notre sens. Mais la jurisprudence et la doctrine contemporaines font une distinction qui rend difficiles à justifier leurs décisions. Quant à nous, nous admettrions volontiers la validité de la convention qui nous occupe, estimant que le doute doit profiter à la validité des contrats.

Est-ce à dire que *jamais* la promesse d'un courtage matrimonial ne pourra être annulée comme contraire

aux bonnes mœurs? — Nous avons supposé tout à l'heure que l'obligation du promettant avait eu simplement pour *cause* l'engagement du courtier de consacrer ses bons soins à la réussite du projet, et que si, pour l'accomplissement de sa mission, ce courtier avait employé des moyens frauduleux, c'était à l'insu de son commettant. Il pourrait en être autrement : les manœuvres coupables peuvent être prévues et convenues entre les deux parties ; l'individu désireux de se marier richement peut autoriser celui qu'il charge des démarches à employer la ruse et la fraude, à tromper, par exemple, la famille où il prétend entrer sur l'étendue de ses ressources pécuniaires. En pareil cas, les manœuvres répréhensibles deviennent l'objet même du contrat et l'annulent. Qu'on ne dise pas qu'il s'agit d'une hypothèse d'école : sans doute les parties ne passeront jamais par écrit une telle convention, mais la preuve en pourra résulter des circonstances de la cause. C'est ainsi que, dans une espèce tranchée par un arrêt de la Cour de Paris du 17 juillet 1844 (1), le futur époux s'était entendu avec l'entremetteur pour paralyser une demande en opposition à mariage, en allant contracter l'union à l'étranger avec la future épouse, d'ailleurs mineure.

En résumé, ou il faut réprouver toute intervention intéressée dans la conclusion du mariage, — et dans ce cas la stipulation d'une rétribution, sous quelque forme

(1) V. ci-dessus, p. 103, note 1.

que ce soit, devra toujours être annulée, — ou le caractère frauduleux des moyens employés peut seul justifier une sanction rigoureuse, — et alors c'est uniquement dans le cas où l'usage des moyens frauduleux aura été convenu que le contrat pourra être considéré comme nul. Ces deux solutions respectent le principe que les conditions et les objets des obligations sont seuls de nature, s'ils sont illicites, à vicier le contrat : la solution de la jurisprudence, approuvée par la doctrine, le méconnaît assurément.

§ II. — Les contrats relatifs aux maisons de tolérance

Diverses questions se sont posées à l'occasion de contrats relatifs aux maisons de tolérance.

Il est certain, tout d'abord, que la marché dont le double objet consiste dans des rapports sexuels, d'un côté, dans un prix convenu, de l'autre, est contraire aux bonnes mœurs (1), dans le sens précis où nous avons défini cette expression : quelle qu'en soit la forme, en quelque lieu qu'il se passe, le contrat qui a pour objet des relations sexuelles payées ne peut être qu'immoral.

Il est certain également que la vente d'une licence de tolérance ou de la maison de tolérance, en tant qu'elle consiste, nous ne dirons pas en un fonds de commerce, mais en ce que l'exploitation de semblables établisse-

(1) Tribunal de paix de Poitiers, 23 janvier 1860, D. 60. 3. 40.

ments a d'analogue avec un fonds de commerce, est nulle pour immoralité de l'objet (1). On s'est demandé parfois si l'autorisation délivrée par l'administration en vue de l'ouverture de ces maisons ne devait pas avoir pour effet de légitimer leur exploitation et par suite de soustraire les contrats passés à leur occasion à la nullité qui, sans cette intervention de l'autorité, aurait indubitablement dû être prononcée. Cela n'est pas sérieux. L'intervention de l'administration se produit dans un but très spécial et très précis ; elle s'explique par des considérations de salubrité ; elle a pour effet non de légitimer, mais de tolérer simplement ces établissements. Les fonctionnaires chargés de délivrer les licences de tolérance seraient bien étonnés si on leur disait qu'en les délivrant ils opèrent la purification des entreprises qui en sont l'objet et moralisent, grâce à un feuillet administratif, ce qui, sans cela, eût été profondément immoral.

Mais la vente d'un immeuble où est établie une maison de tolérance, ou la vente d'un immeuble en vue d'y établir une maison de tolérance, ou le bail d'un immeuble, dans les mêmes hypothèses, ou la vente des objets mobiliers contenus dans la maison, sont-ils nuls en vertu des dispositions des art. 1131 et 1133 ? La jurisprudence ne semble pas sur ces divers points, avoir une opinion bien nette. Tantôt, estimant que les tribunaux ne

(1) Tribunal civil de la Seine, 5 février 1867, D. 67. 3. 61 ; Caen, 29 juillet 1874, D. 75. 2. 127 ; Paris, 14 décembre 1889, D. 90. 2. 189.

doivent pas approfondir l'examen de telles conventions, elle en prononce, d'une façon générale, la nullité. Tantôt, analysant plus soigneusement les contrats qui lui sont soumis, elle fait des distinctions qui ne sont pas toujours d'une justesse indiscutable (1). Pour nous, nous estimons, en premier lieu, que la vente ou le bail d'un immeuble *en vue* de l'établissement d'une maison de tolérance ne peuvent à aucun point de vue être déclarés nuls. Le double objet de la vente ou du bail consiste dans la translation de la propriété ou de la jouissance de l'immeuble et dans le paiement du prix : rien d'immoral là-dedans. Quant aux décisions qui annulent de tels actes en raison de la connaissance que le vendeur a eue de la destination future de la maison achetée, elles se fondent, cela n'est pas douteux, non sur le caractère immoral de l'objet de l'obligation de l'une des parties, mais sur le caractère immoral des motifs qui ont déterminé l'acheteur à acquérir la propriété ou la jouissance de l'immeuble. De telles décisions manquent donc de base juridique. La vente ou le bail dont nous parlons ne sauraient jamais être annulés pour objet illicite ; ils pourraient l'être pour condition illicite, si, par exemple, l'établissement d'une maison de tolérance dans l'immeuble vendu ou loué faisait l'objet d'une clause du contrat dont l'inexécution serait sanctionnée par une condition résolutoire.

(1) Aux décisions précitées, ajouter Bourges, 13 juin 1889, D. 89. 5 329.

Quant à la vente ou au bail d'un immeuble où est déjà installée une maison de tolérance ainsi que des meubles y contenus, la question n'est plus aussi simple. C'est pourquoi l'on voit les décisions judiciaires, faire, à ce sujet, des distinctions assez étranges : suivant deux arrêts (1) il faudrait distinguer entre les meubles, dont la vente serait toujours nulle, et l'immeuble dont le sort pourrait être divers, suivant les cas. A la vérité, il n'y a rien à retenir de l'arrêt de la Cour de Caen qui est très confus et n'explique pas les motifs des distinctions qu'il fait. Mais l'arrêt de la Cour de Paris contient un motif très intéressant : d'après cet arrêt, la vente de la licence de tolérance et du mobilier est toujours nulle, mais la vente de l'immeuble est valable si l'usage n'en est pas indissolublement lié à l'emploi de la licence. Il y avait là un principe de décision très juridique : pourquoi la Cour de Paris ne l'a-t-elle appliqué qu'à une partie de l'objet du contrat ? Si la vente de l'immeuble est valable, quand elle peut être isolée de la vente de l'établissement de tolérance, parce qu'alors il reste simplement une vente d'immeuble, dont l'objet est licite, pourquoi n'en pas dire autant du mobilier, qui, lui aussi, peut avoir un autre usage qu'un usage immoral ? La logique doit amener à la solution suivante : s'il y a plusieurs ventes ou plusieurs baux, leur sort n'est pas lié : la vente des meubles ou la vente de l'immeuble sera valable ; la vente de

(1) Caen, 27 juillet 1874 et Paris, 14 décembre 1889, précités.

l'établissement, en tant qu'exploitation, sera nulle.

Si, au contraire, il n'y a qu'un seul contrat, si on a vendu le quasi-fonds de commerce avec les accessoires — immobiliers ou mobiliers — nécessaires à son exploitation, le tout sera nul. Il y aura là, évidemment, une question de fait qu'il appartiendra aux juges de résoudre, sans d'ailleurs s'en tenir à l'apparence extérieure que les parties auront donnée au contrat, mais en examinant son réel caractère et sa véritable étendue (1).

Jusqu'ici nous avons trouvé des décisions judiciaires contestables, nous n'en avons pas trouvé qui choquent violemment la raison et les principes juridiques. En voici maintenant. Le tribunal de commerce de la Seine a déclaré contraire aux mœurs la vente par un marchand à un propriétaire de maison de tolérance d'une certaine quantité de vins de champagne (2). Le tribunal de commerce de Versailles a déclaré nul le prêt consenti par une femme à deux époux, parce qu'elle savait que l'argent prêté devait servir à l'exploitation d'une maison de tolérance (3). On voit de suite à quelles objections se heurtent ces décisions : elles se préoccupent non de la cause, de l'objet, des conditions du contrat, mais de ses motifs, de l'usage que l'acheteur ou l'emprunteur est

(1) Alger 15 novembre 1893, D. 94. 2. 528 ; il semble que dans cette espèce il y ait eu un bail indivisible de la maison et de l'exploitation.

(2) Jugement cité par M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, n. 853.

(3) V. p. 117, note 1. Comp. Cass. 1^{er} avril 1895, D. 95. 1. 263.

dans l'intention de faire des choses achetées ou empruntées. Mais qu'on songe aux conséquences pratiques de semblables décisions, et l'on verra qu'on ne peut les qualifier que d'absurdes. Désormais, s'il fallait en croire les jugements en question, les fournisseurs d'objets de consommation, transformés en moralistes, devraient soigneusement s'inquiéter de l'usage auquel l'acheteur les destine, sans quoi, selon le système de la jurisprudence, ils seraient exposés à perdre la créance résultant de la vente par eux faite. Il est vrai que les jugements que nous critiquons avaient constaté que le vendeur, dans un cas, le prêteur, dans l'autre, connaissaient la destination de l'objet vendu et de la somme prêtée. Mais quoi ! ces destinations étaient-elles, en elles-mêmes, forcément immorales ? Les vivres fournies à une maison de tolérance peuvent avoir simplement pour destination la subsistance de ses habitants ; l'argent fourni à un tenancier d'un établissement de ce genre peut avoir pour usage la réfection de l'immeuble. Il faudra donc, pour pouvoir annuler ces contrats, aller rechercher les fins dernières de l'acheteur ou de l'emprunteur et peser la moralité du but de l'usage, du motif du motif. Et puis quelles conséquences inacceptables ! Il n'y a pas que dans les maisons de tolérance que les vins de Champagne puissent avoir une destination blâmable. Si un particulier achète du vin de Champagne pour le boire en mauvaise compagnie, et que le marchand le sache, perdra-t-il sa créance ? On voit que les principes juridi-

ques ne manquent pas toujours d'utilité et que leur transgression amène d'étranges résultats pratiques.

Hâtons-nous de dire que de tels jugements ne forment pas toute la jurisprudence sur la question. Le jugement du tribunal de commerce de Versailles a été réformé par un arrêt de la Cour de Paris, qui a déclaré « qu'en « présence d'un contrat dont la cause juridique est déterminée et licite, on ne saurait faire dépendre la validité de l'obligation ni du motif de la convention, ni de l'usage qui aurait été fait de la somme empruntée. » (1) Dans une espèce analogue à celle qui avait été tranchée par le jugement du tribunal de commerce de Paris (il s'agissait de la vente de fournitures de lingerie), la Cour de Bordeaux a admis la validité de l'obligation de l'acheteur, par la raison qu'il n'y avait pas à se préoccuper des motifs qui l'avaient déterminée. » (2)

Si dans les espèces que nous venons d'indiquer, certains arrêts sont venus rendre à la jurisprudence un certain équilibre, il n'en est pas de même pour les deux espèces qui vont suivre.

Une fille publique réclamait aux propriétaires d'une maison de tolérance qu'elle venait de quitter des effets qu'elle prétendait lui appartenir. La Cour de Limoges la débouta de sa demande par les motifs suivants : « Con-

(1) Paris, 13 février 1877, Dalloz alphab., Supplément, v. Obligations, n. 189, note 1.

(2) Bordeaux, 6 février 1885, *ibid.*, note 2.

« sidérant que les intéressés n'ont jamais reconnu, soit
 « en justice de paix, soit devant les juges et devant la
 « Cour, que l'appelante fût *purement et simplement*
 « *propriétaire* des objets par elle revendiqués, qu'ils
 « ont prétendu que ces objets *étaient leurs gages ou en*
 « *dépôt*, et même qu'ils les avaient *en partie* payés ;
 « que, par conséquent,... la Cour ne saurait trancher le
 « litige sans examiner la nature des engagements qui se
 « sont formés, c'est-à-dire sans connaître de conven-
 « tions ou de faits qui ont une cause illicite et
 « contraire aux bonnes mœurs et sont communs à cha-
 « cune des parties, d'où il résulte que l'appelante... *est*
 « *non recevable à réclamer en justice la restitution des*
 « *objets mobiliers qui seraient demeurés chez les inti-*
 « *més.* » (1) M. Séfériadès dit à propos de cet arrêt, avec
 juste raison : « Ce raisonnement me paraît sortir tout à
 « fait du bon sens. Je me demande en effet quelle est la
 « loi qui empêche un juge de connaître un fait ayant une
 « cause illicite, et je ne la trouve nulle part. Ce que
 « l'art. 1133 veut empêcher, ce n'est en somme que
 « *l'effet* de la convention immorale et non pas la con-
 « naissance de la convention même. Se servir donc de
 « théorie de la cause pour empêcher les résultats ordi-
 « naires de l'action en revendication d'un tel objet, dont
 « la propriété m'appartient, pour une raison juri-
 « dique différente de la convention immorale elle-

(1) Limoges, 30 avril 1888, D. 89. 2. 38.

« même, c'est vraiment aller trop loin. » (1) En effet, il résulte des termes mêmes de l'arrêt de la Cour de Limoges que la fille qui réclamait ses effets en était propriétaire au moins pour partie. Or on a refusé de les lui rendre parce que les conventions ou les faits qui avaient pu faire naître ou modifier son droit de propriété étaient immoraux. Mais la Cour a refusé de connaître ces faits ou ces conventions : elle a donc admis ce principe que les filles publiques ne peuvent passer que des conventions immorales, dénuées d'effets juridiques. C'est la mise hors la loi de ces femmes qui découle d'une telle doctrine : nous ne saurions y souscrire ; les filles publiques sont des êtres humains et des personnes juridiques, et leur refuser la protection des tribunaux contre ceux qui exploitent leur dégradation nous paraît aussi anti-moral qu'anti-légal. Les dispositions de la loi relativement aux contrats contraires aux mœurs a pour but de protéger la moralité publique et non la pudeur des magistrats. Les juges doivent tout connaître et ne se décider qu'après avoir tout connu ; il ne suffit pas qu'une convention répugne à leur délicatesse morale pour qu'ils refusent de la sanctionner. Sinon, ce ne serait pas qu'aux filles publiques qu'ils auraient l'occasion de refuser l'accès du prétoire.

Voici une autre décision qui ne nous semble pas plus justifiée. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé

(1) Sfériadès, *op. cit.*, p. 121.

contre un jugement qui avait refusé à une femme le paiement des gages qui lui étaient dus pour des services de domesticité accomplis dans une maison de tolérance (1). Pourtant l'objet du contrat — services domestiques d'une part, paiement de gages de l'autre — n'avaient rien que de licite. Il a donc fallu, pour annuler l'engagement du tenancier de la maison, dire que ces services avaient pour but de favoriser la prostitution des pensionnaires de cette maison. Soit, mais ce sont là les motifs du contrat, non sa cause ou son objet, et il n'y a pas lieu de les prendre en considération. Si, d'ailleurs, on entre dans la recherche des motifs, il faudrait reconnaître que le but en question n'existait, à coup sûr, que dans l'esprit du tenancier et non dans celui de sa domestique. Or, si l'objet d'une des obligations peut, quand il est illicite, annuler l'obligation corrélatrice parce qu'il y a un lien étroit entre elles deux, il n'est pas possible d'en dire autant des motifs, qui sont distincts chez chacune des parties et indépendants les uns des autres. Encore une fois, en rendant de telles décisions, les tribunaux obéissent à des sentiments bien naturels de répulsion. Cette répulsion des juges n'est pas une raison suffisante pour que les contrats qui leur sont soumis soient viciés dans leurs causes et leurs effets.

(1) La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas approuvé le jugement; elle a simplement reconnu que les juges du fait avaient usé souverainement de leur droit d'appréciation.

§ III. — Les donations entre concubins.

Les Romains prohibaient les donations entre époux, *ne mutuato amore invicem spoliarentur* (1). Ils les permettaient entre concubins (2). Cette distinction, ainsi formulée, était assez singulière, et amenaient de singuliers résultats : c'est ainsi que le « divin Sévère » ratifia la donation faite par le sénateur Pontius Paulinus à l'affranchie qu'il avait épousée (le mariage d'un sénateur avec une affranchie n'était pas régulier), parce que cette donation avait été inspirée « moins par affection pour la femme que par affection pour la concubine (3). »

L'ancien droit ne pouvait maintenir la solution du droit romain : le concubinage y était considéré d'une toute autre façon que le concubinat à Rome ; il violait non seulement les lois humaines, mais encore les lois divines. Aussi loin, de permettre les donations entre concubins, le droit français ancien frappa-t-il les concubins d'une incapacité de recevoir. Pothier énonce la règle et en donne les raisons : « Les concubines, dit-il, « sont incapables de recevoir des donations... La raison « en est que le concubinage est contraire aux bonnes « mœurs et à la religion... Ajoutez que la raison qui a

(1) D., L. xxiv, Tit. 1, *De donat. int. vir. et uxor.*, 1 pr.

(2) *Ibid.*, 3 § 1 et 58 pr.

(3) Loi 3, § 1, précitée.

« fait défendre les donations entre personnes mariées,
« *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts
« termes à l'égard de ces sortes de personnes, l'amour
« qui naît des unions illégitimes étant ordinairement
« plus violent que celui qui naît d'une union légitime...
« Car qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme
« qu'une concubine? Les histoires en fournissent une
« infinité d'exemples, tel que celui de Dalila à l'égard de
« Samson et celui des concubines du roi Salomon (1). »
Sans nous livrer à une comparaison entre l'amour dans
le mariage et l'amour hors du mariage, ni examiner
l'influence qui eurent sur Salomon ses concubines, il
est certain que, s'il y a dans le mariage danger de *spolia-*
tion, ce danger existe pour le moins autant dans le con-
cubinage.

Le législateur du Code n'a pas reproduit dans son
œuvre la règle édictant, pour les concubins, l'incapacité
de se donner. Son silence a été intentionnel, puisque
le projet contenait un article disposant que « ceux qui
« ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont
« respectivement incapable de se donner, (2) » et que
cet article a été supprimé lors de la rédaction définitive.
En effet, d'une part le législateur n'avait pas à se préoc-
cuper de l'atteinte à la religion, puisque son œuvre
était purement civile. D'autre part, il ne serait pas exact

(1) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, Section I, § VI.

(2) Fenet, t. II, p. 275.

de dire qu'il a repris le système quelque peu contradictoire du droit romain, en permettant aux concubins de *se spolier* et en l'interdisant aux époux, car si, dans les art. 1096 et suivants du Code, il a pris quelques précautions à l'égard des donations faites entre époux pendant le mariage c'est que, outre qu'il avait en vue de sauvegarder les intérêts des héritiers, il estimait que les donations devaient trouver leur place naturelle dans le contrat de mariage, raison qui ne pouvait s'appliquer à l'union extra-conjugale. Le législateur ne pouvait donc avoir qu'une seule raison de reproduire l'incapacité du droit ancien, c'était le respect des bonnes mœurs : il ne l'a pas fait cependant. Nous verrons tout à l'heure si, en n'édicant aucune règle spéciale pour les dons entre concubins, il les a cependant atteints d'une façon générale par les dispositions des art. 1131 et 1133.

Le système de la doctrine peut se résumer ainsi : toute donation qui a pour cause le concubinage est contraire aux bonnes mœurs, mais une fois les relations terminées, il peut y avoir un devoir de conscience à réparer le dommage causé, devoir de conscience qui peut engendrer une donation régulière et valable (1). M. Laurent a exposé ce système avec une grande netteté : après avoir dit que le don fait à une femme pour déterminer la naissance ou la continuation de relations intimes avec le donateur a une cause illicite, il fait la

(1) V. notamment Demolombe, t. XXIV, p. 358.

remarque suivante : « L'art. 1382 doit être combiné avec
« l'art. 1131. Tout fait dommageable donne lieu à une
« action en dommages-intérêts au profit de la partie lésée.
« Or, il se peut que l'homme qui a vécu en concubinage
« soit le vrai coupable ; il est le séducteur, la femme
« a été trompée, s'il s'engage à réparer ce dommage l'obli-
« gation sera très licite. » (1) Ainsi l'engagement pris par
un homme envers sa maîtresse ne sera valable qu'autant
qu'il sera contracté à la fin des relations et que ces
relations, nées par la faute de l'homme, auront causé à
la femme un réel préjudice. Si ces deux conditions ne
sont pas réunies, l'engagement est nul. « Contractée
« avant ou pendant les relations illicites, poursuit
« M. Laurent, l'obligation serait une prime à la dépra-
« vation ; contractée après la cessation des relations,
« elle serait le prix de coupables complaisances. » Tel
est, très clairement exposé, le système de la doctrine.

La jurisprudence ne semble pas s'écarter beaucoup
de ce système, quoiqu'il s'y rencontre — comme il
fallait s'y attendre — une moindre clarté et une moin-
dre unité, Nous trouvons en premier lieu des arrêts qui
annulent tout engagement pris par un individu envers
sa concubine pendant la durée des relations « soit,
« — comme le dit un de ces arrêts — qu'il ait
« entendu ainsi en assurer la continuation, soit qu'il

(1) Laurent, t. XVI, p. 208-209.

« ait voulu payer les faveurs déjà obtenues. » (1) Quant aux engagements pris à la cessation des relations, la jurisprudence semble se diviser. Deux arrêts décident que les relations étant un fait commun aux deux parties, le préjudice qui serait résulté pour la femme de la publicité qu'elles ont eue ne serait pas une cause licite de l'obligation (2). La Cour de Caen a déclaré, dans le même sens, qu'un engagement était nul qui avait pour but soit de récompenser une fille de ses complaisances, soit de la garantir contre les conséquences pouvant en résulter (3). D'autres arrêts, au contraire, décident que l'obligation contractée envers une maîtresse est licite quand elle n'a pour but, ni de donner naissance aux relations, ni d'en procurer la continuation, mais de réparer le préjudice causé à la femme et d'accomplir un devoir de conscience (4). En somme le système de la jurisprudence, si l'on ne tient pas compte des arrêts qui surenchérissent sur la sévérité des auteurs, se confond avec celui de la doctrine. Il ne nous paraît pas fondé.

(1) Dijon, 3 décembre 1894, D. 95. 2. 237. — Comp. Aix, 25 janvier 1883, D. 83. 2. 237.

(2) Riom, 11 août 1846, D. 46. 2. 179; Besançon, 19 mars 1862, D. 62. 2. 58.

(3) Caen, 2 juillet 1872, Dalloz alphab., Suppl., V^o *Obligations*, n. 182, note 2.

(4) Grenoble, 23 janvier 1864, D. 64. 5. 254; Liège, 15 février 185, D. 76. 2. 479; Aix 10 janvier 1878, Dalloz alphab., *loc. cit.*, n. 154 en note.

Les auteurs et les arrêts commettent une confusion très frappante : ils négligent presque toujours de nous dire si nous nous trouvons en présence d'une donation ou d'un contrat à titre onéreux. L'intérêt de la distinction est capital. Si nous nous trouvons en face d'une libéralité véritable, une telle donation ne sera jamais nulle : la cause n'en peut être illicite, puisqu'elle se confond avec le consentement ; si c'est la condition qui est illicite, elle sera réputée non écrite, en vertu de l'art. 900, et laissera subsister la donation comme pure et simple. Pour que l'obligation de l'un des concubins puisse être annulée, il faudra qu'elle résulte d'un véritable contrat à titre onéreux : la cause en étant nulle, le contrat tout entier sera entaché de nullité. En un mot, pour que l'art. 1133 trouve son application, il faudra qu'il y ait eu un marché, il faudra qu'il soit constaté que la femme n'a consenti à se donner que moyennant un prix ou la promesse d'un prix. Sinon, si, dans une pure intention libérale dont nous n'avons pas à examiner les motifs, l'homme a *donné*, il y aura une impossibilité légale absolue à annuler son obligation. C'est là une application tellement simple et tellement évidente de principes généralement acceptés qu'on se demande comment elle ne se rencontre pas formulée par tous les auteurs. Durantou semble être le seul à l'avoir aperçue : pour lui la cause d'une pareille convention est contraire aux mœurs si l'obligation contractée a eu pour but de récompenser ou de maintenir les

faveurs, non si elle a eù sa source *dans une pure intention libérale* (1).

Qu'on ne dise pas que nous ne faisons que formuler d'une autre façon la théorie même de la doctrine et de la jurisprudence. En pratique nos solutions en différeront notablement. Pour nous il n'y a pas à s'occuper du temps du contrat : peu importe que la promesse ait été faite pendant les relations intimes ou après leur cessation. Peu importe également qu'il y ait eu ou non un préjudice réel à réparer. La seule question est de savoir s'il y a eu marché, si la femme s'est promise contre une promesse pécuniaire, — auquel cas la convention sera indiscutablement nulle comme ayant un objet immoral. Mais si la promesse a été spontanée, si l'homme a vraiment voulu faire un don, sans *obliger* la donataire à des rapports considérés comme la contre-valeur du don, il n'est pas possible de déclarer cet acte nul. Ainsi nous ne dirons pas avec la jurisprudence, nous séparant même, sur ce point, de Duranton, que l'obligation sera nulle si elle a eu pour but de récompenser la femme de l'octroi de ses faveurs. Du moment que cette récompense n'a pas été exigée comme prix et condition des faveurs, l'obligation sera valable.

Cette doctrine semble difficile à réfuter. La jurisprudence ne l'a point tenté et ses décisions consacrent les solutions que nous avons indiquées sans guère prendre

(1) Duranton, t. x, n. 367 et 368.

la peine de les justifier. Mais des auteurs récents ont compris que les arguments donnés en faveur du système ordinairement adopté étaient insuffisants et ils ont essayé de les renforcer.

M. Planiol, appliquant le système dont nous avons parlé plus haut et suivant lequel il y a lieu de rechercher les motifs qui ont inspiré à un donateur sa libéralité, s'exprime ainsi : « Quand deux personnes qui « vivent ensemble sans être mariées se font l'une à « l'autre une donation, je persiste à croire que cette « donation a pour cause le concubinage, car sans lui elle « ne se serait point faite. Si le concubinage est illicite, « la donation l'est également, et elle l'est toujours. » Ce raisonnement ne nous convainc pas. Ce qui peut être considéré comme contraire aux mœurs c'est de vivre en concubinage ; aussi la promesse qui aurait pour but de déterminer une personne à devenir la maîtresse d'un individu serait, nous l'avons dit, immoral. Ce qui est contraire aux mœurs, c'est, pour une femme, de se vendre. Mais, une fois les relations nouées, il n'est pas de loi morale qui puisse prétendre que l'affection pour une concubine soit coupable. Que les relations, nées d'un tel amour, soient contraires aux mœurs, soit. Mais l'amour, en lui-même, n'est pas immoral, sans quoi il faudrait dire que les concubins sont moins à blâmer s'ils n'ont aucuns sentiments d'affection l'un pour l'autre que s'ils éprouvent de tels sentiments. Dès lors, s'il est vrai que, sans le concubinage, la donation n'aurait pas

eu lieu, il n'en est pas moins vrai que la donation inspirée par un pur sentiment d'affection a non seulement une cause, mais un but licites. C'est ce que pensaient les Romains. Ils déclaraient illicite la convention *ob stuprum*, c'est-à-dire le marché par lequel une femme s'engageait à se donner moyennant un prix (1). Ils validaient les donations nées d'un sentiment d'affection, à quelque personne qu'elles fussent faites. « *Affectionis gratia*, dit Ulpien, *neque honestæ neque inhonestæ donationes sunt prohibitæ, honestæ erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestæ circa mere-* »
« *trices* (2) ».

M. Tarbouriech (3), il est vrai, en vertu de son principe que l'affection est illicite si elle a sa source dans des faits illicites, déclare que l'amour d'un homme pour sa maîtresse est immoral. Il nous est impossible de comprendre un tel raisonnement. L'amour est un sentiment, un état affectif de l'âme, qui reste identique dans les diverses situations où il peut se produire, dans le mariage ou hors mariage, et qui ne peut pas être coupable dans un cas s'il ne l'est pas dans l'autre : ce qui peut être contraire aux mœurs, c'est d'avoir cédé à son amour dans telles ou telles circonstances, ce qui est tout différent. Au reste, le système de M. Tarbou-

(1) D., L. XII, Tit. VI, *De cond. ob. turp.*, 4 pr.

(2) D., L. XXXIX, Tit. V, *De donat.*, 5.

(3) *Op. cit.*, p. 17.

riech se juge par les conséquences auxquelles il mène son auteur, qui, pour déclarer illicites les donations faites par un individu à ses enfants naturels, incestueux ou adultérins, est obligé de dire que l'amour de ce père pour ses enfants est illicite et immoral. Nous n'avons pas à traiter ici de la question de la validité des donations faites à des enfants naturels non reconnus — la matière touche à l'ordre public — mais nous ne pouvons pas ne pas remarquer que cette opinion que, moralement, nous jugeons monstrueuse, n'est pas même vraie légalement. La loi en effet ne prive pas les enfants naturels de tous droits sur les biens de leurs parents : ils ont droit, suivant les cas, soit à une part d'héritage, soit à des aliments. Si les mesures prises par la loi à l'égard des enfants naturels avaient pour raison le caractère illicite de l'affection qu'ont pour eux leurs parents, il faudrait dire que cette affection n'est illicite qu'en tant qu'elle dépasse, comparée à l'affection qu'un père a pour ses enfants légitimes, la proportion correspondant à la proportion des droits attribués aux enfants naturels, comparés à ceux des enfants légitimes, — ce qui serait absurde.

Enfin, ce qui ne nous permet pas de nous ranger à la doctrine de M. Planiol, c'est que, *présument* que toutes donations faites entre concubins ont pour cause le concubinage, il rétablit l'incapacité édictée par le vieux droit français. M. Planiol le reconnaît avec une entière franchise. « On dira, écrit-il, que nous rétabli-

« rons ainsi, sous le nom de nullité pour cause illicite
« l'ancienne incapacité que le Code a supprimée. Soit... »
Si l'interprète des lois pouvait les refaire, le système de
M. Planiol pourrait être discuté, il y aurait lieu de peser
les raisons qui militent contre lui ou en sa faveur. Mais
l'éminent professeur n'admettrait pas cette théorie. Dès
lors comment est-il possible de faire revivre une dispo-
sition légale nettement abrogée, alors surtout qu'il s'agit
d'une matière où le législateur a, par un surcroît de
précaution, formellement déclaré (art. 902) qu'il n'y a
pas d'incapacité sans texte ?

Nous ne saurions donc nous rallier aux systèmes de
MM. Planiol et Tarbouriech, fondés d'ailleurs, on el
sait, sur la recherche des motifs des conventions. Nous
n'en retiendrons que ceci : les efforts mêmes qu'ils ont
faits pour justifier l'annulation des donations entre
concubins prouvent que ces donations, quand elles
constituent vraiment des libéralités, sont d'une validité
certaine et inattaquable.

§ IV. — Le contrat de « claque ».

Nous examinerons, pour terminer, une espèce d'un
ordre tout à fait différent des espèces précédentes et
qu'on ne s'attendrait guère à voir l'objet des réproba-
tions énergiques autant qu'unanimes de la doctrine et de
la jurisprudence : nous voulons parler du contrat passé

entre un directeur de théâtre et celui que les juristes appellent un entrepreneur de succès dramatiques, que la langue des théâtres nomme un « chef de claque. » On sait en quoi consiste ce contrat : le directeur s'engage à remettre au chef de claque un certain nombre de billets gratuits par représentation, celui-ci s'engage à faire applaudir par des hommes amenés par lui, à de certains passages convenus, la pièce et les artistes. Nous l'avons dit, les auteurs et les tribunaux annulent comme immorales ces sortes de conventions.

MM. Aubry et Rau déclarent le contrat de « claque » contraire aux mœurs, sans d'ailleurs exposer les motifs de leur décision (1). Demolombe est plus explicite. Il n'admet pas qu'on puisse valablement « enrôler des « escouades de... spectateurs gagés tout exprès pour « applaudir les acteurs et les pièces, envers et contre « tout et quand même, en opprimant grossièrement la « manifestation du vrai sentiment public (2). »

Les décisions judiciaires ne sont pas moins sévères. « Attendu, dit un arrêt, qu'un tel contrat est essentiellement basé sur le *mensonge* et la *corruption*, qu'il a « pour objet de la part des contractants l'obligation « d'enrôler les agents en sous-œuvre qui *se soumet-* « *traient pour de l'argent à des manifestations et des* « *manœuvres de commande* et qu'en conséquence ce

(1) T. IV, p. 743.

(2) T. XXIV, p. 307.

« contrat dérogerait évidemment aux principes et aux
 « lois qui intéressent les bonnes mœurs ; — Attendu en
 « outre que ces conventions seraient encore contraires
 « à l'ordre public ; qu'en effet les manifestations men-
 « songères et achetées d'avance *troublent chaque soir*
 « *l'intérieur des théâtres et détruisent violemment la*
 « *liberté d'examen du public* qui paye. » (1) Ne croirait-
 on pas, à entendre ce langage, qu'il s'agit d'une con-
 vention attentatoire à l'ordre social tout entier ?

Il nous est impossible de partager l'indignation des
 auteurs et des magistrats. Les motifs qui sont destinés
 à la justifier sont des plus faibles.

Le contrat de claque est contraire à l'ordre public ?
 A supposer qu'il faille prendre ces mots dans le sens
 que leur donne l'arrêt qui vient d'être rapporté, on se
 demande en vain comment les applaudissements des
 « claqueurs » troublent plus l'intérieur des théâtres que
 ceux des spectateurs, souvent plus nombreux et par
 conséquent plus bruyants. Comprendrait-on d'ailleurs
 que les autorités chargées d'assurer le bon ordre dans
 les salles de spectacles aient toléré ces applaudisse-
 ments payés, s'ils étaient une cause de trouble ?

Le contrat de claque est contraire aux bonnes
 mœurs ? Ici, il faudrait s'entendre. Est-ce, comme le

(1) Paris, 3 juin 1839, Dalloz alfab., v. *Obligations*, n. 638,
 note 3. V. également : Paris, 4 avril 1840, *ibid.*, note 4 ; Trib.
 comm. Seine, 22 sept. 1852, sous Paris, 8 août 1853, D. 53.5 .
 450 ; Lyon, 25 mars 1873, D. 73. 2. 68.

dit l'arrêt, parce qu'il a pour effet de *corrompre*, de contraindre au *mensonge* les agents en sous-œuvre qui manifestent *pour de l'argent* ? S'il en était ainsi, le contrat en question serait contraire aux bonnes mœurs dans le sens même où nous avons défini cette expression. Mais véritablement la sévérité de ces termes n'est-elle pas quelque peu déplacée ? Eh quoi ! quand un commerçant, désireux de faire de la réclame à bon marché, poste devant son magasin un employé chargé d'attirer les acheteurs en vantant la marchandise, viendra-t-il à l'esprit d'un magistrat de stigmatiser le contrat qui lie le patron et l'employé, sous prétexte qu'il a pour conséquence de corrompre l'employé, forcé d'accorder aux marchandises de son patron des louanges rémunérées, que peut-être il ne leur décerne pas dans son for intérieur ? Ce sont là procédés commerciaux qui ne sont pas bien coupables. L'employé se fait ici l'instrument du *dolus bonus* qu'on ne songe pas à reprocher au commerçant : qui songerait à considérer cet excès de louange comme une œuvre mauvaise de mensonge et de corruption ? Et pourquoi se montrer plus sévère quand il s'agit de vanter une pièce que quand il s'agit de vanter des objets quelconques de consommation ?

Mais les auteurs et les tribunaux, en parlant de mensonge, ont voulu dire aussi que le contrat était immoral parce qu'il avait pour but de tromper les spectateurs, de leur donner le change sur la valeur des pièces ou le

talent des acteurs et de faire des succès là où auraient dû se produire des échecs. — N'examinons pas si c'est là rechercher les motifs plutôt que la cause de la convention. Il est certain que, pour s'exprimer ainsi, il faut n'avoir pas suffisamment analysé le contrat et examiné l'intention des parties. Nous demandons s'il y a un exemple d'une pièce qui, déplaisant au public, ait réussi grâce à la claque. Sans prendre la défense du public contre la doctrine et la jurisprudence, qui semblent avoir pour lui peu d'estime, puisqu'elles pensent que quelques applaudissements vigoureux auront le pouvoir de lui faire trouver beaux les passages les plus mauvais, n'est-il pas certain que les pièces goûtées du public, — je ne dis pas les bonnes pièces — réussissent, et que les pièces non goûtées du public, — je ne dis pas les mauvaises pièces — tombent ? Croit-on que cette vérité bien élémentaire soit ignorée des directeurs de théâtres et qu'ils se bercent de l'illusion de faire de fortes recettes par l'effet des applaudissements payés ?

Il faut ne s'être jamais trouvé dans une salle de spectacle pour ne pas savoir combien il est difficile de trouver un spectateur qui prenne l'initiative d'applaudir. Une pièce charme le public, personne n'applaudit. Qu'une main timide risque un battement et la salle peut-être va crouler sous les manifestations d'enthousiasme. Eh bien, c'est cette main timide, qui peut ne pas se rencontrer, que le directeur remplace par des mains solides et toutes prêtes à battre. Ce n'est pas là tromper

le public, c'est, selon l'expression consacrée qu'on nous pardonnera de reproduire, le « chauffer. » Il n'y a rien, dans ce procédé, de contraire aux bonnes mœurs et, si la claque peut avoir des inconvénients que nous n'entreprendrons pas de discuter, nous ne croyons pas devoir appliquer aux contrats de claque des sévérités qu'il convient de réserver pour les conventions qui reposent sur la honte et la dépravation des parties contractantes.

La jurisprudence d'ailleurs semble revenir à des sentiments plus indulgents : dans un arrêt du 5 avril 1900, la Cour de Paris a déclaré licites les contrats dont nous venons de parler (1). Il a fallu, pour susciter ce revirement, que l'espèce se présentât dans des conditions qui eussent rendu scandaleuse la solution contraire, en favorisant la mauvaise foi trop cynique d'un directeur et en dépouillant un « chef de claque » d'une façon vraiment trop choquante.

On voit, par l'examen de quelques hypothèses auquel nous venons de nous livrer, combien la jurisprudence, et aussi la doctrine, s'écartent souvent des principes les plus généralement acceptés. Sans énoncer de théories nouvelles, sans nous lancer dans des doctrines révolutionnaires, par la simple application des règles de la matière, nous sommes arrivés, sur presque tous les points, à des opinions contraires à celles qui

(1) *Gazette des Tribunaux* du 14 avril 1900.

sont ordinairement reçues. C'est que, encore une fois, au lieu de se demander si les conditions exigées par la loi pour qu'une convention puisse être déclarée nulle sont réunies, les juges et les auteurs se prononcent, pour ainsi dire, de primesaut, suivant que leurs sentiments moraux sont ou non blessés par l'ensemble des contrats soumis à leur approbation. Ils semblent trop souvent oublier qu'ils ne sont pas des moralistes, mais des juristes, mais de simples interprètes, commentateurs ou ministres de la loi. Peut-être, au reste, la loi est-elle responsable de cet état de choses ; en doublant la notion simple, précise et suffisante d'objet de la notion vague de cause, qu'elle n'a point définie, qui peut être prise tour à tour — et qui est prise — dans des sens bien divers, elle a, cela n'est pas douteux, contribué à cette confusion générale qui se traduit par des décisions parfois peu réfléchies, souvent peu juridiques.

CHAPITRE III

LA SANCTION

Nous avons recherché la définition qui pouvait être donnée des conventions immorales. Nous avons vu à quels résultats pratiques devait conduire cette définition. Il nous reste à examiner la sanction qui est donnée par la loi à la prohibition des contrats contraires aux mœurs et à apprécier la valeur de cette sanction.

§ 1. — La sanction traditionnelle et la sanction légale.

A. Le système du droit romain et du vieux droit français.

Il est très important de se souvenir du système de sanction admis par le droit romain. Si le contrat n'a pas été exécuté et que l'exécution en soit réclamée en justice, le défendeur aura, pour s'y soustraire, la ressource de l'exception de *dol* ou d'une exception *in factum* (1). Si le contrat a été exécuté, il faut, sur la

(1) D., L. XII, Tit. VI, *De cond. ob turp. vel inj. caus.*, 8.

question de savoir s'il y aura lieu à répétition, faire une triple distinction : ou il y a eu *turpitude* de la part du bénéficiaire de la promesse seulement ou il y a eu *turpitude* de la part du promettant seulement, ou il y a eu *turpitude* de la part des deux parties indistinctement. Si l'acte n'est immoral que dans la personne du bénéficiaire, comme dans les promesses *ne sacrilegium facias, ut rem mihi reddas ad te depositam*, ce qui aura été payé en exécution de la convention pourra être répété par la *condictio ob turpem causam* (1). Si l'immoralité n'est que du côté du promettant, la répétition ne sera pas admise : Ulpien donne de cette hypothèse un exemple bien curieux, celui où de l'argent a été remis à une courtisane : il n'y a immoralité que de la part de celui qui l'a payée, car, pour elle, la honte consiste à être courtisane, mais non, étant courtisane, à recevoir de l'argent (2). Enfin, il n'y aura pas lieu davantage à répétition si la *turpitude* a été commune : « *ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur* (3) ». En pareil cas, la loi romaine disait : « *in pari causa possessoris conditio melior habetur* » (4).

Le système du droit romain avait été admis par l'an-

(1) *Ibid.*, 2, pr. et § 1.

(2) *Ibid.*, 4, § 3.

(3) *Ibid.*, 3.

(4) C., L. iv, Tit. VII, *De cond. ob turp. caus.*, 2.

cien droit français. Pothier le reproduit, en prenant notamment pour exemple de faute morale commune le cas où un officier aurait donné de l'argent à un soldat pour se battre en duel : il n'y aura pas lieu à répétition, l'officier et le soldat ayant péché contre les mœurs, l'un en commettant un acte défendu par les lois civiles et religieuses, l'autre en poussant le premier à la violation de ces lois (1).

B. Le système du Code.

Le Code a-t-il entendu laisser en vigueur le système du droit romain ? Sur un point, la discussion ne peut se produire ; le contrat immoral est nul, d'après les art. 1131, 1133, 1172, on ne peut donc en exiger l'exécution ; la loi qui prohibe ces sortes de contrats ne peut intervenir pour en assurer les effets. Mais sur les autres points, c'est-à-dire sur la question de la répétition et de la distinction à faire entre les trois sortes d'hypothèses, suivant qu'il y a eu faute commune, ou faute unique soit de l'une, soit de l'autre des parties, une vive controverse s'est élevée, qu'il nous faut étudier.

La presque unanimité des décisions judiciaires admet que la distinction romaine est restée en vigueur. Aussi, dans le cas où l'immoralité a été commune, cas de

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n. 43.

beaucoup le plus fréquent, sinon le seul qui se présente dans la pratique, les jugements et arrêts dévient-ils à la partie qui a payé le droit de répéter. La plupart des décisions adoptent cette solution, sans la discuter ni la justifier, comme une règle évidente qui se passe de démonstration. Quelques-unes seulement traitent la question avec quelque étendue et s'efforcent de démontrer que le législateur du Code a entendu maintenir la législation antérieure (1). Quelques arrêts cependant repoussent cette manière de voir et posent en principe que ce qui a été payé en vertu d'une cause illicite n'était pas dû et est par suite sujet à répétition (2).

Les auteurs sont très divisés. Duranton, Toullier, MM. Aubry et Rau tiennent pour la distinction traditionnelle (3). Demolombe, M. Colmet de Santerre, M. Laurent sont de l'opinion adverse (4).

Pour résoudre la question, il faut d'abord jeter un rapide coup d'œil sur les principes qui régissent la répétition. On sait qu'aux termes des art. 1376 et 1377 du

(1) Voir notamment Paris, 4 février 1854, D. 54. 2. 149; Cass., 15 décembre 1873, D. 74. 1. 222; Caen, 29 juillet 1874, D. 75. 2. 127.

(2) Voir Limoges, 16 avril 1845, D. 46. 2. 191; Cass., 11 février 1884, S. 84. 1. 265. A moins que ce dernier arrêt ne soit une décision d'espèce, elle constitue un revirement dans la jurisprudence de la Cour suprême.

(3) Duranton, t. x, p. 391; Toullier, t. III, p. 76; Aubry et Rau, t. IV, 740-741, texte et notes.

(4) Demolombe, t. XXIV, p. 363; Colmet de Santerre, t. V, p. 164, n. 49 bis, Laurent, t. XVI, p. 220.

Code civil, celui qui a payé ce qui n'était pas dû a le droit de le répéter, mais à la condition expresse qu'il ait payé par erreur. S'il a payé sciemment ce qu'il ne devait pas, il est censé avoir voulu faire une libéralité et n'est point admis à répéter. Cette règle s'applique-t-elle à notre cas ? S'applique-t-elle dans l'hypothèse où le paiement a eu lieu en vertu d'une cause illicite ? On admet généralement que non, et les auteurs que nous venons de citer, bien qu'en désaccord sur l'application, sont d'accord sur le principe. MM. Aubry et Rau notamment font une distinction très nette (1). Il y a deux cas où la répétition est admise : dans le cas où il y avait une cause de paiement, mais qui ne rendait pas le paiement obligatoire, tout au moins dans les conditions où il a été fait, c'est l'hypothèse de paiement de l'indû, donnant lieu à la *condictio indebiti* ; et dans le cas où le paiement a été fait sans cause ou, ce qui revient au même, sur une cause illicite, c'est l'hypothèse donnant lieu à la *condictio sine causa* (au sens strict) ou à la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Dans le premier cas, l'exercice de la répétition sera subordonné à une erreur de la part de celui qui a payé ; dans le second, cette condition n'est pas nécessaire. Cette différence s'explique aisément : si j'ai payé pour une cause quelconque, sans y être tenu, et sachant que je n'y étais pas tenu, il n'y a aucune raison de me per-

(1) *Ibid.*, § 442 et 442 bis, et la note 3 de la page 740.

mettre de répéter. Mais si j'ai payé pour une cause future ou pour une cause existante, mais sujette à défaillir, il est certain que je n'entends payer que si la cause se réalise ou si, réalisée, elle subsiste ; on ne peut dire en pareil cas qu'il y a intention libérale. Aussi, si la cause vient à défaillir, aurai-je le droit de répéter ce que j'ai payé. Il en est de même si la cause est illicite : la cause illicite est assimilée par la loi à la cause inexistante. Celui qui paye sur une telle cause ne peut évidemment donner, de par sa volonté, une valeur quelconque à une cause annulée par la loi et qui par suite ne peut justifier ni un paiement, ni une exception à la répétition. Toute cette argumentation nous paraît d'une rigoureuse exactitude. Elle s'appuie sur les art. 1131 et 1133, suivant lesquels les obligations sans cause ou sur fausse cause ou sur cause illicite ne peuvent produire aucun effet. Or, ne serait-ce pas leur donner effet que d'interdire l'action en répétition, ce qui reviendrait, en somme à valider le paiement fait en vertu de telles conventions ?

On a dit, il est vrai, que celui qui a payé sur une cause immorale ne peut se prévaloir de la nullité de la cause pour exercer l'action en répétition, parce que, « comme il devait prévoir, dès le début cette impossibilité d'obtenir par voie de justice ce qu'il attendait « de l'*accipiens*, il est censé avoir fait une sorte de « contrat aléatoire duquel résulte la véritable cause qui « justifie le maintien de la prestation aux mains de

« celui qui l'a reçue. » (1) L'explication est ingénieuse, mais son exactitude est bien contestable. Outre que l'interprétation de l'intention de la partie qui a payé peut être mise en doute, ne voit-on pas que cette théorie a pour conséquence de valider, en tant que contrat aléatoire, ce qu'on a annulé, en tant que contrat commutatif simple ? De ce que les parties ont introduit un élément d'aléa dans une convention ayant un objet immoral, en résulte-t-il que le juge doit donner effet à leur convention ?

En résumé, il est admis, sans difficulté, par les auteurs, qu'au cas d'obligation sur cause illicite, l'erreur n'est pas une condition essentielle de l'exercice de l'action en répétition. La jurisprudence n'exige pas davantage l'erreur en pareille matière : c'est ainsi qu'elle admet la répétition des intérêts usuraires payés en connaissance de cause.

Dès lors, puisqu'on reconnaît que les art. 1131 et 1133 se suffisent à eux-mêmes, que l'art. 1377 est étranger au cas prévu par ces dispositions légales, la conclusion s'impose : les conventions immorales ne peuvent produire aucun effet ; donc l'exécution n'en pourra être demandée et, si, en exécution du contrat, un paiement a été fait, la chose donnée en paiement pourra être répétée, car, admettre le contraire serait

(1) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'Obligation*, p. 414.

admettre que la convention prohibée peut produire un paiement valable. Pour qu'une dérogation à ces règles certaines fût possible, pour qu'on pût enlever à un individu le bénéfice d'une faculté de droit commun, il faudrait que cette exception, non seulement résultât de l'intention présumée du législateur, mais encore fut édictée par un texte légal formel.

C. Le système de la jurisprudence.

Quels sont donc les arguments des partisans de la distinction traditionnelle? L'arrêt le plus explicite sur la question (1) commence par déclarer que la turpitude commune des parties engendre contre la demande en répétition une fin de non-recevoir absolue, par application de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, puis il développe les raisons qui militent en faveur de cette solution et que nous passons pour l'instant sous silence, puisque nous recherchons ici non pas quelle est la solution désirable, mais quelle est la solution légale, puis il termine en disant que « telle était sur ce point la solution du droit romain et « de l'ancienne jurisprudence, attestée par Pothier ; « que les rédacteurs du Code civil n'y ont pas dérogé. » La faiblesse de cette argumentation saute aux yeux.

(1) Arrêt de la Cour de Caen du 29 juillet 1874, précité.

La règle *nemo auditur...*, est une formule d'école qui peut être commode, mais qui n'est sanctionnée par aucun texte, qui ne se rencontre même pas dans les lois romaines et qui, prise à la lettre est inexacte, puisque le débiteur, poursuivi en exécution du contrat, peut se soustraire à cette exécution en alléguant sa propre turpitude, — pour employer les termes mêmes de la formule. Quant à dire que les rédacteurs du Code n'ont pas dérogé de cette prétendue règle, c'est une pure affirmation, qui constitue une pétition de principe, qui ne serait opérante qu'à condition de s'appuyer sur un texte formel, et qui, de plus, est contraire à toute vraisemblance, car, comme le dit M. Laurent (*loc cit.*), « les art. 1131 et 1133 ne distinguent pas, et c'était « bien le cas de distinguer, si les auteurs du Code « avaient voulu maintenir la doctrine traditionnelle; ils « l'avaient sous les yeux; Pothier l'enseigne; par cela « seul, que le législateur ne la reproduit pas, il la « rejette. »

Quant aux auteurs qui soutiennent le bien-fondé de cette doctrine, leurs arguments ne sont pas plus convaincants. Et il faut vraiment que la doctrine soit véritablement difficile à défendre pour que des juristes aussi savants que MM. Aubry et Rau n'aient pu en dissimuler la fragilité.

Ils commencent par établir que la répétition forme la règle. « Les paiements faits pour une cause contraire « à la loi ou à l'ordre public, disent-ils (*loc. cit.*), et

« partant destitués de toute efficacité juridique donnent
 « aussi lieu *en principe* à une action en répétition.
 « Art. 1131 et 1133. » Puis ils formulent l'exception.
 « Toutefois s'il s'agissait d'un paiement fait en exécu-
 « tion d'une convention qui de sa nature devait procu-
 « rer à chacune des parties un avantage illicite et qui
 « par suite ne pourrait sans turpitude être alléguée ni
 « par l'un ni par l'autre, l'action en répétition ne serait
 « plus admissible. » Enfin ils défendent le bien-fondé
 de l'exception contre ceux qui la critiquent. « Quelque
 « générale que soit la disposition de l'art. 1376, il
 « paraît cependant qu'en la décrétant le législateur n'a
 « entendu s'occuper que de la *condictio indebiti* pro-
 « prement dite, sans avoir en vue la *condictio propter*
 « *turpem causam*... L'argument tiré de l'art. 1131 est
 « moins spécieux encore : si l'une des parties conserve
 « ce qu'elle a reçu, ce n'est pas en vertu de la conven-
 « tion, c'est à raison de l'indignité du demandeur en
 « répétition. »

Quelles flagrantes contradictions ! Ainsi l'art. 1131 a pour conséquence immédiate le principe suivant lequel, en cas de convention immorale, celui qui a payé peut répéter, — et quand il s'agit d'appliquer ce principe à l'une des hypothèses où l'on peut se trouver en face d'une convention immorale, l'argument tiré de l'art. 1131 devient à peine spécieux ! MM. Aubry et Rau estiment que la répétition est admise, dans le cas de contrats illicites, parce que, destitués de tout effet

juridique, ces contrats ne peuvent faire naître une exception à l'action en répétition, et quand on dit que, même dans le cas de turpitude commune, l'exception à l'action en répétition constitue un effet juridique du contrat, ils répondent que l'argument est sans valeur ! Ils ajoutent, il est vrai, que l'acquisition de celui qui a reçu ne sera pas maintenue en vertu de la convention, mais en vertu de l'indignité de celui qui a payé. C'est là un mode d'acquisition nouveau, dont ne parlent pas en général les traités de droit. Sans doute, il arrive que l'indignité puisse avoir certains effets légaux (révocation de donation pour cause d'ingratitude, exclusion d'une succession pour cause d'indignité), mais ces effets sont subordonnés à l'existence d'une disposition légale expresse. Où est, en notre matière, cette disposition ? MM. Aubry et Rau, plus hésitants que l'arrêt précité, disent que le législateur *paraît* avoir voulu consacrer la théorie romaine : une apparence d'intention chez le législateur ne peut suppléer à un texte de loi.

Qu'on ne dise pas que c'est la possession qui constitue le titre d'acquisition en pareil cas. La possession est un simple fait qui n'engendre de droits qu'autant que la loi l'a voulu et l'a dit.

Enfin, le Code lui-même semble repousser la doctrine que nous critiquons. Pourquoi, en effet, a-t-il pris soin de dire, dans l'art. 1967, que, en cas de dette de jeu, le perdant ne pourra répéter ce qu'il aura volontairement payé ? Ce serait inutile à dire, si la non-répé-

tition était la règle en matière de contrats illicites. La vérité : c'est que, tout en déclarant fondée sur cause illicite la dette de jeu, et cela dans un intérêt général, elle a cependant reconnu qu'elle constituait une sorte d'obligation naturelle, n'engendrant pas une action en paiement, mais validant le paiement opéré. Pourrait-on en dire autant des obligations nées des contrats qui nous ont paru véritablement immoraux?

Enfin, — et c'est là une dernière objection — on se demande pourquoi le législateur aurait formulé une règle, pourquoi les auteurs auraient posé un principe, qui ne s'appliqueront qu'à une hypothèse dans laquelle, la plupart du temps, la répétition pourra être exercée en vertu d'autres dispositions que les art, 1131 et 1133. On donne comme exemple de contrat où l'*accipiens* commet seul une action coupable, le cas où un individu se fait remettre une somme pour commettre un délit. Dans la pratique cette espèce se présente uniquement sous l'aspect d'un chantage. D'abord, on pourrait se demander si celui qui, pour éviter des diffamations, paye le maître-chanteur ne commet pas, lui aussi, une action immorale (1). Mais, en laissant cette question de côté, ne voit-on pas que le contrat sera nul pour vice du consentement, puisqu'il a été déterminé par une violence morale, et que la répétition pourra être exercée, sans faire intervenir la violation des bonnes mœurs, ni,

(1) Laurent, t. XVI — Demolombe, t. XXIV, p. 359.

par suite, la répétition en tant que fondée sur cette violation ? Ainsi, la répétition basée sur l'art. 1131 ne pourra trouver lieu de s'exercer que quand elle sera inutile, c'est-à-dire dans le cas où les bonnes mœurs n'ont été violées que par l'*accipiens* ; elle ne pourra être exercée dans les cas beaucoup plus nombreux — les seuls en réalité que connaisse la pratique — où la faute est à la charge soit du promettant, soit surtout des deux parties. De sorte que c'est la prétendue exception qui sera la règle, que c'est la prétendue règle qui sera l'exception, et que l'exception érigée en règle sera parfaitement inutile.

Il est donc certain, à notre sens, que, contrairement à ce que décide une jurisprudence très abondante, la règle romaine a été éliminée du Code. Les lois romaines que, dans le droit ancien, on invoquait comme des textes toujours en vigueur n'ont plus chez nous qu'une autorité doctrinale : elles ne sauraient prévaloir contre les lois françaises. La sanction, par laquelle la loi tend à assurer le respect des bonnes mœurs, est la nullité des conventions qui les ont violées. Si le paiement n'a pas eu lieu, il ne pourra être réclamé en vertu d'une convention nulle. S'il a eu lieu, il ne pourra être validé en vertu de cette même convention. Le système que nous venons de combattre ne nous semble pas légal ; nous aurons bientôt à examiner s'il serait désirable qu'il le fût.

§ II. — Critique des divers systèmes de sanction.

Il reste maintenant, pour terminer cette étude, à apprécier les divers systèmes de sanction applicables aux conventions immorales.

La première difficulté à résoudre est de savoir s'il convient de soumettre les conventions immorales à une réglementation spéciale, s'il convient de maintenir les entraves apportées par le Code à l'exécution normale de semblables contrats. La question peut se poser. En effet, si l'on ne conçoit guère une législation qui donnerait effet à des conventions contraires à la loi, puisque ce serait annihiler les injonctions ou les prohibitions créées par le législateur, autrement dit défendre et permettre tout à la fois, on peut parfaitement concevoir une législation qui refuserait de confondre, même sur un point, le droit et la morale, qui, appliquant rigoureusement l'adage « tout ce qui n'est pas défendu est permis, » considérerait que le respect ou la transgression des principes de la morale sont uniquement choses de la conscience, et sanctionnerait, en conséquence, les conventions contraires aux bonnes mœurs. C'est ce que faisait, nous l'avons vu, le droit romain dans son premier état. C'est ce que faisait aussi le droit anglais primitif (1).

(1) Voir un article de M. Esmein, *Nouvelle Revue historique*, 1893, p. 565. Qu'on n'objecte pas que le droit romain et le droit

Nous ne proposerons pas de revenir à cet état un peu rudimentaire du droit. Si les bonnes mœurs sont bien ce que nous avons entendu par ces mots, la société a le plus grand intérêt à empêcher qu'elles ne soient transgressées. La loi, sans doute, ne considère, en parlant de bonnes mœurs, que les relations d'individus à individus, mais la société n'en est pas moins intéressée à ce que les individus qui la composent soient assurés, dans la plus grande mesure possible, de leur complète intégrité morale. Permettre et sanctionner les contrats qui ont pour effet de porter atteinte à cette intégrité, ce serait non seulement nuire aux individus, mais encore nuire au corps social. Il n'y aurait pas lieu, sans doute, de protéger les individus contre leur propre dépravation, si l'intérêt général ne trouvait grand profit à ce que les membres de la société ne fussent pas dépravés. Qu'on ne dise pas que la confusion du droit et de la morale est la conséquence de ce système : il n'y a que partiellement coïncidence de ces deux notions, puisque la loi ne sanctionne que la partie de la morale qui importe le plus à l'intérêt public. Il est donc important que la loi refuse sa protection aux contrats qui, portant atteinte aux intérêts moraux

anglais sanctionnaient aussi les contrats illicites (contraires à la loi). Ces législations, s'occupant uniquement de la forme et non du contenu des contrats, ne pouvaient connaître les contrats illicites.

les plus élevés de l'individu, portent atteinte, par là même, à l'intérêt social.

Mais par quelles mesures convient-il que la loi manifeste son refus de protéger les conventions immorales ?

Il est un point qui ne prête pas à la controverse et sur lequel tout le monde peut tomber d'accord. La loi qui réproouve toute infraction aux bonnes mœurs ne peut contraindre les parties à commettre cette infraction, devenue l'objet d'un contrat. Donc, si aucune des parties n'a exécuté le pacte immoral, elle refusera d'en ordonner l'exécution, elle n'accordera pas d'action à cet effet. C'est ainsi que nos lois en ont toujours disposé : nous n'insistons pas.

Il n'y a de difficulté sérieuse que quand le contrat a été exécuté par l'une des parties. Si l'un des cocontractants a effectué la prestation qui était sa charge, l'autre contractant pourra-t-il se refuser à effectuer la sienne, celui qui aura exécuté pourra-t-il répéter ?

A. Critique du système de la Jurisprudence.

Un premier système est celui qu'adopte généralement la jurisprudence : dans le cas où la faute est commune aux deux parties — seul cas intéressant — elle refuse toute intervention de la justice pour connaître du contrat. « Attendu, dit l'arrêt de la Cour de Caen dont nous avons déjà parlé, qu'il serait aussi contraire à la morale qu'à la dignité de le magistra-

« ture que celle-ci laissât, en matière civile, discuter
« dans son prétoire sur le sens, la portée et les effets
« des pactes honteux que la conscience publique flétrit
« et qu'elle intervint ainsi entre des individus aux-
« quels la justice ne doit aucune protection ; qu'au
« contraire, en refusant à chacun de ceux qui ont par-
« ticipé à de pareilles conventions tout accès devant les
« tribunaux à l'effet d'obtenir quoi que ce soit, exécution,
« résiliation ou répétition, on les livre à la discrétion
« l'un de l'autre, on les abandonne, sans aucun
« recours, aux conséquences de leur déloyauté réci-
« proque, on leur enlève toute sécurité et on arrête
« ainsi, par crainte de pertes pécuniaires la plupart de
« ceux qui seraient tentés de former de semblables
« contrats. » Voilà, complètement et nettement exposé,
le système de la jurisprudence, tant dans ses raisons
que dans ses conséquences. Nous ne sourions souscrire
ni aux unes ni aux autres.

Il est inadmissible, en premier lieu, que ce soit pour
protéger la magistrature que la loi ait édicté des me-
sures contre les conventions immorales. Nous l'avons
déjà dit, les juges doivent tout voir et tout connaître ;
leur dignité n'est pas offensée parce qu'ils ont à se
prononcer sur des contrats répréhensibles. C'est même
un des devoirs de leur charge de ne pas, sous prétexte
de délicatesses et de répugnances, très honorables mais
peu juridiques, refuser de juger. Tous les jours, les
tribunaux ont à apprécier, par conséquent à examiner

et à analyser, des actes et des pactes honteux. Cela est si vrai que la Cour de Caen a dû ajouter que ces scrupules n'ont lieu de se produire qu'en *matière civile*. La dignité du magistrat change donc de nature et d'étendue quand changent les affaires soumises à son appréciation, et si, comme il arrive, le magistrat siège alternativement au civil et au criminel, le caractère de sa dignité subira les mêmes alternatives que la nature de ses fonctions ?

Mais il y a plus : le système de la jurisprudence est inapplicable, impraticable. Quel que soit le traitement que méritent les pactes contraires aux mœurs, il faut premièrement les étudier, pour savoir si, en fait, ils sont contraires aux mœurs. Ce n'est qu'après examen que les juges pourront se prononcer sur leur caractère licite ou illicite ; il faudra donc bien qu'ils laissent « discuter dans leur prétoire sur le sens, la portée et « les effets de ces contrats. » Il est d'ailleurs des espèces très délicates où un examen approfondi sera nécessaire pour se prononcer en toute connaissance de cause : tel est, par exemple, le cas de contrats pour « entreprise « de succès dramatiques. »

Il est des cas, par contre, où l'immoralité de la convention saute aux yeux : empêchera-t-on cependant les parties, par les organes de leurs avocats, de soutenir la validité de cette convention ? Devant la cour de Caen, — il s'agissait d'une vente de maison de tolérance — n'a-t-on pas plaidé l'affaire ? D'ailleurs, si l'immoralité

du contrat, une fois qu'on est fixé sur son sens, peut être patente, n'arrivera-t-il pas le plus souvent que le contrat illicite se dissimule sous les apparences d'un contrat licite, et qu'ainsi les débats seront nécessaires pour découvrir sa nature véritable ?

En un mot, les garanties offertes par le système de la jurisprudence, système d'ailleurs appuyé par de hautes autorités de la doctrine — MM. Aubry et Rau parlent aussi de la dignité de la magistrature — sont entièrement illusoires et imaginaires. Elles ne seraient efficaces que si on refusait *vraiment* aux parties l'accès des tribunaux, c'est-à-dire si on les empêchait d'engager le procès. Et cela est impossible. Le premier ordre d'arguments donnés à l'appui de la doctrine que nous critiquons n'est donc pas à retenir : il ne pouvait en être autrement, car tout système de sanction doit avoir pour but de paralyser les effets du contrat immoral, il ne peut avoir pour but d'en soustraire la connaissance aux tribunaux.

Passons au second ordre d'arguments. Le système a, suivant la Cour de Caen, le grand avantage de livrer les parties à la discrétion l'une de l'autre et de les abandonner à leur déloyauté réciproque. La Cour se félicite de cet heureux résultat. C'est précisément ce résultat qui nous fait repousser la doctrine de la jurisprudence. Nous ne croyons pas que, pour faire triompher la morale, il soit bon de doubler l'immoralité du contrat d'une véritable escroquerie. Une maison de

tolérance est vendue ; la vente est immorale ; il ne faut pas lui donner judiciairement les effets normaux réservés aux contrats licites. Mais faut-il pour cela encourager la mauvaise fois des contractants, permettre au vendeur qui, par hypothèse, a reçu d'avance le prix convenu, de conserver ce prix sans livrer la maison vendue et favoriser un acte immoral pour punir un autre acte immoral ? Les bonnes mœurs trouveront-elles leur profit à ce que, avec l'approbation de la justice, les proxénètes soient, de plus, des voleurs ?

C'est au nom de la morale que nous repoussons le système de la jurisprudence.

B. Critique du système du Code.

Le système de la loi est, nous croyons l'avoir démontré, tout différent. Si l'une des parties a exécuté son obligation, elle n'a pas d'action pour exiger que l'autre partie exécute la sienne, mais elle peut, par l'exercice de l'action en répétition, reprendre la chose qu'elle aura livrée. Ce système est-il préférable à celui de la jurisprudence ? La forme sous laquelle il se présente nous semble meilleure, car il n'offre pas la contradiction choquante contenue dans le système de la jurisprudence qui se résoudrait, s'il était applicable, en un déni de justice, et qui ne peut même pas aboutir à ce résultat. Mais, au fond, la sanction légale se heurte aux mêmes objections que celles que nous avons faites à la sanction juris-

prudentielle. Renversons l'hypothèse de tout à l'heure.

Supposons — et c'est vraisemblablement le cas qui se présentera d'ordinaire dans la pratique — que ce soit le vendeur qui se soit acquitté de son obligation : il a livré la maison de tolérance, objet de la vente ; faudra-t-il autoriser l'acheteur, s'il a versé son prix, à le répéter, et à garder, bien entendu, la maison de tolérance, la justice n'ayant pas à prononcer, dans ce système, la résiliation d'un contrat inexistant et par suite à ordonner la restitution réciproque des prestations effectuées ? Dans la première hypothèse, on favorisait la mauvaise foi du vendeur ; dans celle-ci, on favorise la mauvaise foi de l'acheteur. Nous le répétons, nous ne croyons pas que ce soit le rôle du juge agissant comme ministre de la morale outragée, d'encourager la fraude, le dol et l'escroquerie.

L'examen des deux systèmes en présence nous conduit à cette conclusion : tous deux redoublent l'immoralité du contrat immoral ; en refusant à la partie qui a payé la répétition, sans lui permettre d'exiger la contre-prestation, ou en autorisant la partie qui a payé à exercer la répétition, tout en conservant, si elle l'a reçue, la contre-prestation, on aboutit à un enrichissement illégitime de l'une des parties aux dépens de l'autre. Ce résultat ne saurait nous satisfaire. Il faut donc trouver un autre système, qui, tout en n'assurant pas l'exécution du contrat, ne permette pas cependant cet enrichissement illégitime.

C. L'Essai d'un système de sanction

Il n'y a, pour atteindre ce but, qu'un moyen : c'est d'annuler le contrat, non pas partiellement, aux dépens d'une seule des parties contractantes, mais complètement, totalement, au regard des deux parties, en les remettant, pour employer une formule usuelle, dans le même et semblable état où elles se trouvaient avant le contrat. Ce procédé a le grand avantage, d'une part, de ne pas ajouter une action deshonnête à une action immorale, d'autre part, de remplir d'une façon entière le vœu du législateur en empêchant, pour quelque part que ce soit, l'exécution du pacte immoral. Le pacte sera véritablement non avenu, les parties se retrouveront dans la même situation où elles se trouveraient si le contrat n'avait jamais existé.

Pour ce qui est des obligations de donner, l'application de ce principe ne soulève aucune difficulté. Chacune des parties restituera la chose par elle livrée, si le contrat a été exécuté de part et d'autre ; la partie qui a seule livré répétera l'objet de sa prestation, si le contrat n'a été exécuté que par elle. Pour garder l'exemple qui nous a déjà servi, supposons la vente d'une maison de tolérance : si l'acheteur a versé son prix avant de recevoir livraison, il pourra répéter ce prix ; si le vendeur a livré la maison, sans en avoir reçu paiement, il pourra la reprendre ; si la maison a été livrée et payée, chacune des parties pourra toujours

reprendre la chose qui a fait l'objet de la prestation de sa contre-partie. Nous trouvons à ce système le double avantage de ne pas favoriser la mauvaise foi des contractants et de réaliser l'annulation véritable et complète du contrat. En outre, il est plus harmonieux et plus cohérent que le système légal, tel du moins qu'il est compris par les rares arrêts qui l'ont appliqué et par les auteurs qui l'approuvent : ils admettent bien en effet la répétition de la prestation qui, en elle-même, n'est pas immorale, c'est-à-dire le prix versé, mais non de la prestation dans laquelle réside l'élément d'immoralité ; c'est-à-dire, en notre espèce, la maison de tolérance vendue. Tout ce qui été livré en exécution d'une convention de ce genre pourra toujours, dans notre opinion, être répété ; il n'y aura donc jamais, au moins si la Justice a lieu d'intervenir, ni exécution totale, ni exécution partielle de la convention.

Peut-être trouvera-t-on peu digne de la magistrature qu'elle soit obligée d'ordonner la restitution d'une prestation immorale. Cet argument ne nous touche pas. Encore une fois il ne s'agit pas de protéger la magistrature, mais de protéger la morale publique : or celle-ci réclame l'annulation du contrat ; il faut donc en rendre impossible l'exécution : notre système seul atteint ce résultat, puisqu'ainsi il n'y aura plus de vente immorale possible, dès qu'une contestation se sera élevée entre les parties. Le but de la loi sera donc atteint, et la magistrature ne pourra se trouver lésée

dans sa dignité, si elle a aidé la loi à réaliser entièrement son dessein. Tout au contraire, c'est la dignité même de la magistrature qui fait aux magistrats un devoir de passer outre à leurs répugnances pour assurer l'efficacité des mesures prohibitives des conventions contraires aux mœurs.

On objectera encore, sans doute, qu'en somme nous ne faisons qu'autoriser la résiliation du contrat et que résilier un contrat c'est reconnaître sa validité, puisqu'on ne peut résilier qu'un contrat valable. L'objection ne porte pas. La résiliation, en effet, ne peut être prononcée qu'à l'égard d'un contrat valable ; aussi, le contrat valable étant obligatoire pour les parties, la résiliation ne peut être prononcée, en principe, que si l'une des parties n'a pas exécuté son obligation et, de plus, elle peut être accompagnée d'une condamnation en dommages-intérêts à raison du préjudice causé à la partie qui a exécuté par l'inexécution de la contre-prestation. Rien de semblable, en notre hypothèse. La Justice ne prononce pas la résiliation d'un contrat valable, elle constate la nullité d'un contrat inexistant : dès lors, les prestations effectuées, n'ayant plus de cause légitime, doivent être annulées avec le contrat dont elles formaient l'objet. Aussi, non seulement cette annulation ne pourra jamais donner ouverture à des dommages-intérêts au profit de l'une quelconque des parties, mais encore elle pourra *toujours* être prononcée, bien que les deux parties aient entièrement exé-

cuté leurs engagements, si l'une d'elles le demande. Les objections qui peuvent être adressées à la théorie que nous soutenons n'apparaissent donc pas comme fondées. S'il s'agit d'une obligation de donner, le système est applicable sans difficulté.

La difficulté ne surgit que si l'on se trouve en présence non pas d'une obligation de donner, mais d'une obligation de faire. Sans doute, si ce n'est pas la partie chargée d'une telle obligation qui a exécuté la convention, si, par exemple, et à supposer la stipulation d'un courtage matrimonial toujours illicite, le courtier matrimonial a perçu par avance le salaire convenu et n'a pas encore effectué les démarches auxquelles il s'est obligé, la solution sera simple : le salaire versé sera restitué, et ainsi le contrat sera annulé à l'égard des deux parties et sans qu'aucune soit favorisée au détriment de l'autre. Mais supposons que le courtier matrimonial ait effectivement donné les soins et fait les démarches qui constituaient l'objet de son engagement : il n'est plus possible ici de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la passation du contrat ; on ne peut pas faire que les démarches effectuées n'aient point été effectuées ; on ne peut pas effacer des soins qui ont été réellement donnés. D'une façon générale, s'il est facile d'annuler l'effet d'une obligation de donner en forçant celui qui a reçu à rendre, il n'en est plus ainsi quand il s'agit d'une obligation de faire : on peut restituer une chose ; on ne peut restituer une action.

Va-t-on, en pareil cas, ordonner l'exécution du contrat ? Ce serait renoncer à la prohibition des pactes immoraux. Va-t-on permettre à celui qui a perçu les bénéfices du contrat de se soustraire à ses charges ? Le respect même des bonnes mœurs s'y oppose. Une seule ressource reste, c'est d'obliger celui qui n'a pas payé le prix convenu à le payer, mais sans l'attribuer à l'autre partie. Autrement dit, la partie qui devait verser une somme sera condamnée à la verser, mais le bénéfice en sera attribué non à la contre-partie, mais à l'Etat. Ainsi il n'y aura pas spoliation de l'une des parties par l'autre partie, il y aura une sanction, sévère sans doute, mais égale pour les deux contractants, à l'interdiction de passer des contrats immoraux. Tous deux perdront le bénéfice du contrat ; pour reprendre notre exemple, le courtier matrimonial aura perdu son temps et ses soins ; le commettant aura perdu son argent.

On ne contestera certes pas l'équité d'une telle solution, qui frappe également tous ceux qui ont participé à un acte réprouvé par la loi et les mœurs et qui, en outre, ne consacre et n'approuve aucune déloyauté de l'une des parties envers l'autre. Nous ne nous flattons pas cependant qu'elle puisse être acceptée sans difficulté.

On dira, sans doute, qu'en somme nous faisons, par ce procédé, exécuter le contrat, sauf à retirer aux parties le bénéfice de son exécution. Soit, mais l'important, en pareille matière, est d'empêcher les parties de reti-

rer du contrat immoral le profit qu'elles s'en étaient promis et aussi d'arrêter ceux qui seraient tentés de contracter de semblables engagements. Or nul procédé n'est plus apte que le nôtre à amener ce double résultat. En permettant à l'une des parties de dépouiller l'autre, on pense, par la crainte de pertes pécuniaires, prévenir les contrats immoraux ; la pratique prouve que cette espérance est vaine et l'on peut même se demander si les systèmes de la loi et de la jurisprudence n'ont pas pour effet d'encourager la naissance des contrats immoraux, en suscitant chez chacun des contractants le dessein de tirer du marché un double profit, en en réalisant le bénéfice sans en supporter les charges. Notre système n'offre jamais ce danger. Ou la convention sera réellement non avenue et les prestations convenues ne pourront se réaliser, ou, si cette solution est impossible, aucune des parties ne retirera de la convention aucun bénéfice. Il ne peut y avoir de sanction plus complète et plus énergique que celle que nous proposons.

On dira encore que notre système manque de cohésion et d'harmonie, et qu'il n'y a aucune raison pour frapper plus sévèrement ceux qui ont passé un contrat portant sur une obligation de donner immorale que ceux qui ont passé un contrat portant sur une obligation de faire immorale. Nous répondrons qu'il n'y a pas possibilité de faire produire à des contrats des effets cohérents et toujours identiques, du moment qu'on les empêche de produire leurs effets naturels et

normaux. Les deux systèmes que nous avons critiqués n'offrent qu'une apparence d'harmonie : l'un et l'autre ont pour conséquence de maintenir l'exécution partielle qui aura été faite du contrat, mais, dans le système de la jurisprudence, tantôt ce sera l'une des parties, l'acheteur, s'il s'agit d'une vente, tantôt ce sera l'autre partie, le vendeur dans la même hypothèse, qui verront maintenue, en fait sinon en droit, leur obligation ; dans le système de la loi, celui-là verra toujours maintenue son obligation dont la prestation contiendra l'élément immoral, tandis que l'autre partie, non moins coupable cependant, aura le droit de répéter ce qu'elle aura versé, c'est-à-dire, en fait, le prix payé, de sorte que la situation des parties dépendra non d'un véritable principe juridique, mais simplement de la nature de l'objet de leur obligation, et cela, alors que les deux obligations sont également immorales. Quant à nous, nous faisons dépendre la situation des parties, non de la nature de l'objet de leur obligation, mais de la nature de leur obligation même, ce qui paraît plus juridique.

Il faut se résigner à n'avoir pas une solution identique pour toutes les circonstances de fait qui peuvent se présenter, dès lors qu'on ne veut pas employer le seul procédé qui pourrait assurer cette identité, à savoir : l'exécution pure et simple du contrat.

On objectera enfin — et c'est là, sans doute la plus sérieuse objection — que la solution que nous proposons ne comporte pas autre chose qu'une confiscation

pure et simple de l'objet de l'une des prestations, c'est-à-dire une pénalité civile, en dehors de tout délit. Cela est parfaitement vrai. Mais les deux autres solutions ne comportent-elles pas aussi une véritable peine civile ? On dit, il est vrai, que, dans la législation actuelle, la loi ne prohibe pas les conventions immorales, qu'elle ne les frappe pas, qu'elle se contente de ne pas les reconnaître. Ce sont là des mots. Ne pas reconnaître une convention ne peut signifier qu'une chose : la destituer de tout effet juridique. Or, on a accordé aux contrats immoraux, et dans le système de la loi et dans le système de la jurisprudence, un effet considérable, qui est de permettre à une partie de conserver, dans des cas qui ne sont pas les mêmes dans les deux systèmes, la prestation qu'elle a reçue sans effectuer la sienne. Qu'est-ce donc, pour l'autre partie, que cette impossibilité juridique d'obtenir l'exécution d'une prestation, qui est la contre-valeur de la prestation qu'elle a effectuée, sinon une déchéance, sinon une peine civile ? Qu'on donne à cette sanction le nom que l'on voudra, en fait elle n'est autre chose qu'une pénalité. Et elle ne peut se justifier que si elle constitue une pénalité : car, si ce n'est pas à titre de peine qu'on interdit à un individu qui a payé une chose d'en réclamer la livraison, comment expliquer que la loi permette ce dépouillement ? Si ce n'est pas pour châtier l'une des parties, ce ne peut être que pour récompenser l'autre : il faudrait donc supposer que la loi récompense l'une des parties

de la mauvaise foi avec laquelle elle a accepté la réalisation de l'obligation de son cocontractant sans réaliser la sienne.

Cette supposition n'est pas permise. Dire que la loi ne châtie pas l'une des parties, ne récompense pas l'autre partie, mais se désintéresse simplement de leur sort, encore une fois, c'est jouer sur les mots : la loi doit savoir à quel résultat son abstention doit mener ; or, elle sait que le système qu'elle a adopté conduit à la spoliation d'une des parties, et si elle n'empêche pas ce résultat, c'est qu'elle l'accepte et qu'elle le veut. Or de cette volonté deux interprétations seules sont possibles : elle agit ainsi ou par un sentiment de rigueur pour celui qu'elle dépouille, ou par un sentiment de faveur pour celui qu'elle enrichit. La première interprétation étant seule admissible, il s'ensuit que c'est une pénalité qui, en fait, résulte des dispositions de la loi.

Si donc on accepte l'idée d'une peine civile, il n'y a plus d'objection de principe contre notre solution : il n'y a plus qu'à voir quel est le système de pénalité qui semble préférable. Dans les divers systèmes en présence, il y a en réalité confiscation, mais dans les systèmes que nous combattons la confiscation se fait au profit de l'un des coauteurs de l'acte immoral, dans le système que nous défendons la confiscation se fait au profit de l'Etat ; dans le premier cas l'immoralité des deux parties profite à l'une d'elles, dans l'autre elle ne profite ni à l'une ni à l'autre.

A un autre point de vue encore, notre solution semble devoir être acceptée. Si la mesure qui atteint les conventions contraires aux bonnes mœurs se justifie, c'est parce que de telles conventions blessent l'intérêt public ; il est donc naturel que ce soit la Société, partie lésée, qui soit indemnisée du préjudice qu'elle a subi. C'est l'idée même sur laquelle repose le principe de l'amende pénale : la condamnation à l'amende n'est autre chose qu'une condamnation à des dommages-intérêts envers la Société. Nous ne voyons pas pourquoi ce principe ne s'appliquerait pas au cas de convention immorale. Puisque l'on ne recule pas, dans les systèmes de sanction ordinairement reçus, devant l'institution d'une peine civile, il semble naturel que le montant de la peine ne soit pas attribué à l'un de ceux qui ont commis l'acte coupable, mais à la Société, qui en a éprouvé le préjudice.

Nous pensons donc qu'il serait désirable que la loi fût réformée sur ce point : au lieu de dépouiller l'un des contractants au profit de l'autre, ou elle n'en dépouillerait aucun, ou elle les dépouillerait tous deux. La loi ni la morale n'auraient rien à y perdre.

Vu :

Le Président de la thèse,
A. WEISS.

Vu :

Le Doyen :
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS.	I
CHAPITRE I ^{er} . — La définition.	4
SECTION I. — DÉFINITION DE LA CONVENTION IMMORALE DANS LE DROIT ROMAIN ET L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.	4
§ I. — <i>Droit romain</i>	4
§ II. — <i>Ancien droit français</i>	14
SECTION II. — DÉFINITION DE LA CONVENTION IMMO- RALE DANS LE DROIT FRANÇAIS MO- DERNE	18
§ I. — <i>De la cause immorale</i>	18
A. La théorie traditionnelle.	19
a. La cause en général	20
b. La cause dans les contrats synallag- matiques.	28
c. La cause dans les contrats unilaté- raux.	36
d. Critique de la théorie traditionnelle	45
B. Les théories récentes	57
C. Conclusion	67
§ II. — <i>De la condition immorale</i>	67
A. Définition de la condition immo- rale	68
B. Définition de la convention im- morale à raison de l'immoralité de la condition.	74
SECTION III. — LES « BONNES MŒURS ». ESSAI DE DÉFINITION	81

	Pages
CHAPITRE II. — L'Application	99
§ I. — <i>Le courtage matrimonial</i>	101
§ II. — <i>Les contrats relatifs aux maisons de tolérance</i>	111
§ III. — <i>Les dons entre concubins</i>	121
§ IV. — <i>Le contrat de « claque »</i>	131
CHAPITRE III. — La Sanction.	138
§ I. — <i>La sanction traditionnelle et la sanction légale</i>	138
A. <i>Le système du droit romain et du vieux droit français</i>	138
B. <i>Le système du Code</i>	140
C. <i>Le système de la jurisprudence</i>	145
§ II. — <i>Critique des divers systèmes de sanction</i>	151
A. <i>Critique du système de la jurisprudence</i>	153
B. <i>Critique du système du Code</i>	157
C. <i>Essai d'un système de sanction</i>	159

